İSLAM HUKUKUNDA

MÜLKİYET HAKKI VE SERVET DAĞILIMI

DR. FAHRİ DEMİR



DİB
YAYINLARI



بسم الله الرحمن الرحيم



DİYANET İŞLERİ BAŞKANLIĞI YAYINLARI - 250
İLMİ ESERLER - 36

Tashih
Ali Osman PARLAK

Grafik & Tasarım
İsa YÜCEL

Baskı
Aydoğdu Ofset
0312 395 81 44

5. Baskı - 2012

Din İşleri Yüksek Kurulu Kararı:
28.12.1984 Tarihli ve 138 sayılı karar

ISBN
978-975-19-0022-7
2012-06-Y-0003-250
Sertifika No: 12930

İletişim
Dini Yayınlar Genel Müdürlüğü
Basılı Yayınlar Daire Başkanlığı
Üniversiteler Mah. Dumlupınar Bulvarı
No:147/A 06800 Çankaya/ANKARA
Tel: 0 312 295 72 93 - 94
Faks: 0 312 284 72 88
e-posta: diniyayinlar@diyanet.gov.tr

Dağıtım ve Satış
Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü
Tel: 0 312 295 71 53 - 295 71 56
Faks: 0 312 285 18 54
e-posta: dosim@diyanet.gov.tr

İSLAM HUKUKUNDA MÜLKİYET HAKKI VE SERVET DAĞILIMI

(Doktora Tezi)

Dr. Fahri DEMİR





İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ

İslâm Hukuku'nun, bir bakıma, içtihad külliyatı demek olan fıkıh, kazuist bir yol takip etmiştir. Bu usul, hukukî konularda umumî kaideler vaz'etme yerine münferit mes'elelerin nazarî ve pratik (fetva - kaza) çözümünü tercih eder. Hukukun donup kalmamasına hizmet eden bu metodla İslâm Hukuku çok zengin bir hukukî hazineye sahip olmuştur. Fıkhın metoddan gelen ve müsbet yanına karşılık, hiç olmazsa belli bir zenginlik ve olgunluğa eriştikten sonra ele alınması gereken hukuk nazariyatına yönelinmemiş olması İslâm Hukuku için bir kayıp sayılabilir. Bu eksiklik bugün de büyük ölçüde devam etmektedir. Bununla beraber, son zamanlarda, özellikle Arap dünyasında bu istikamette görülen bazı çalışmalar ümit vermektedir.

Fakültedeki talebeliğimden beri arzulu olduğum İslâm Hukuku sahasında bir araştırma yapmak istediğimde fikirlerine müracaat ettiğim hocalarım, bu yöndeki çalışmaların, özellikle mukayeseli hukuk açısından bir ihtiyaç olduğuna işaret ettiler. Geriye konu seçme işi kalıyordu. Merhum Hocam Prof. M. Tavit et-Tanci'nin de tavsiyeleri ile "mülkiyet" konusunu araştırmaya karar verdik.

Sağlığında merhum hocam, vefatından sonra ise Hocalarım Prof. Dr. Hüseyin Atay, Prof. Dr. Neşet Çağatay ve Doç. Dr. Abdülkadir Şener, çalışmalarımda yol gösterdiler; yardım ve tavsiyelerini esirgemediler.

Bu araştırma sonunda, konumuzu üç bölümde hazırlamış olduk. Birinci bölümde konu ile ilgili genel bilgiler sunduk. Bu bölümde mülkiyetin eski tarihini; mülkiyetin başlıca konusu olan mal'ı; mülkiyet de bir hak ve hukukî müessese olduğu için hak ve hukuk kavramlarını ana hatlarıyla inceledik. İkinci bölümde mülkiyetin mahiyetini, muhtevasını, dayandığı nazariyeyi, meşruiyetini ve bu hakkın kullanılması ile vazifelerini araştırdık. Son bölümde de servet dağılımını sunduk.

Çalışmamı sunarken merhum Hocam Prof. M. Tavit et-Tanci'yi rahmetle anar, yardımlarını esirgemeyen hocalarıma teşekkürlerimi arzederim.

Fahri DEMİR
İzmir, 1979

I. BÖLÜM:
GENEL BİLGİLER

I- MÜLKİYET KAVRAMI VE TARİHİ GELİŞİM

A) Genel Olarak

İnsan-Eşya ilişkisinin hukukî ifadesi olan "mülkiyet", müessese olarak fark edilmiş ve adı konmuş olmasa da, insanla yaşıttır.

Dış dünyaya ait şeyleri edinme, benimseme ve yaşama azmi ile dolu bir yaradılışa sahip olan insan, üstelik, yaşayabilmek için yiyecek maddeleri ile barınağa muhtaçtır. Diğer canlılarda da, ihtiyaçları olan bazı şeyleri benimseme duygusu vardır ve onları edinip benimserler; fakat insan, diğer canlılardan farklı olarak, daha çok şeyleri benimsemeye hem de daha çok muhtaçtır.

Diğer canlıların giyeceği sırtındadır. Onların bir giyim-kuşam derdi yoktur; ama insan, tüysüz teleksiz çırılçıplak vücudu ile soğuktan ve sıcaktan korunma ihtiyacındadır. Diğer canlıların da bir hayat endişesi olmakla beraber bir gelecek endişeleri yoktur. İnsan ise, aklı, fikri sebebiyle bir gelecek endişesiyle doludur.

Aklı, fikri ve çok iş gören iki eli ile bir yandan çok güçlü olan insan, bu güçlü yönüne karşılık çok zayıf yönleri de bulunan bir yaradılışa sahiptir. İnsanın en zayıf yanını çocukluğu meydana getirir.

Her canlı gibi insan da kendisinden başka yavrusunu da yaşatmak ihtiyacındadır. Ne var ki çocuk, bütün canlılar içinde en çok korunmaya ve kollanmaya muhtaç, pek nazlı bir yaradılıştadır. Yılları bulan süre için ana kucağına ve sıcak yuvaya ihtiyacı vardır. Daha enteresanı, insanoğlu her şeyi tabiattaki haliyle yiyememektedir; bazılarını yenir hale getirmeye ve birçoklarını pişirmeye mecburdur. Aklı ve iki eliyle çok güçlü olan insan, tabiat şartları ile baş başa kaldığı takdirde, yaşama şansını kaybedecek kadar zayıftır.

Bütün bunlar, insanı, çevre şartları ile mücadeleye itmiş; kışlıklar dahil, yiyecek ihtiyaçlarını, giyeceğini ve barınağını sağlama çalışmalarına yöneltmiştir.

Yaradılışı yalnız yaşamaya elverişli olmayan insan, tabiidir ki çok yönlü olan hayat mücadelesinde hemcinsleri ile yardımlaşma ve dayanışma ihtiyacını duymuş ve bu dayanışma en azından aile planında başlamıştır.

İşte, insanın yaradılıştan meyyal, üstelik yaşamak için bir mecburiyet şeklinde muhtaç bulunduğu pek çok ve çeşitli şeyleri kendisine ait olmak üzere "edinme" ve onlara "sahip olma" hadisesinin adına "mülkiyet" denilmektedir.

Bu itibarla mülkiyet dediğimiz bu olayı İslâm Hukuk Sistemi açısından incelemeye geçmeden önce bu olayın tarihine "teorik" ve "pozitif" olmak üzere iki açıdan bir göz atmakta yarar vardır.

B) Teorik Açıdan Mülkiyetin Gelişimi

1) Bazı Düşünürlere Göre Mülkiyet

En geniş anlamı ile, belirli bir maddeyi belirli bir ihtiyaca tahsis mânası ifade eden mülkiyet, bu adla ve sabit bir kavram halinde olmasa da, tabiatı icabı ihtiyaçlar içinde bulunan insanoğlunu ilk insandan beri ilgilendirmiş; belirli bir tarih döneminden itibaren de özellikle düşünürleri meşgul etmiştir.

Felsefe Tarihine bir göz attığımızda görürüz ki, düşünürlerden bir kısmı, içinde yaşadığı haksızlıklar dünyasına küserek hayalinde "Altınçağ", "Güneş Ülkesi" gibi kavramlar çerçevesinde Cennet-âsâ bir dünya canlandırırken bir kısmı da topluma yön verecek nitelikte prensipler teklif etmişlerdir.

Yine düşünürlerden bazıları insanın tabiî ve mutlak hakkı olarak gördüğü mülkiyet müessesesine bir meşruiyet temeli ararken bazıları, "mülkiyet biçimleri ve ilişkileri, üretim güçlerinin gelişimi tarafından belirlenir. Üretim güçleri gelişiminin belli bir derecesine belli bir mülkiyet biçimi uygun düşer. Bu gidiş bir senteze doğru yol alır. Kapital, diyalektik olarak ortak mülkiyete dönüştüğü zaman artık karakteri değişir ve sınıfsal niteliğini kaybeder" şeklinde geleceğe ait kehânetlerde bulunarak en sonunda sınıfsız, mülksüz, kavgasız, gürültüsüz olarak insanların her türlü bencil duygulardan arınmış olduğu barış içinde bir dünya vaadederler.

Ana hatları ile karakterlerini belirttiğimiz bu düşüncelerin sahiplerinden bazılarını kısa özetler halinde de olsa takdim etmek, konumuz açısından faydalı olacaktır.

a) Hesiodos (M.Ö. VIII. yüzyıl): Antikçağ Yunan Düşünürü

İnsanların çok mutlu yaşadıklarına inanılan mitolojik bir geçmiş çağı, insanların eşit ve özgür oldukları, aralarında hiçbir tartışma geçmediği, hiçbir geçim sıkıntısı çekmedikleri, tabiatın kendilerinden hiçbir şeyi esirgemediği ve bütün bunlardan ötürü çok mutlu yaşadıkları hayalî bir çağı adlandıran "Altınçağ" deyimini, ilk olarak, "*İşler ve Günler*" adlı eserinde kullanan düşünür. Antikçağ Yunan düşünürü Hesiodos"tur.[1]

Hesiodos, insanlık tarihini beş büyük çağa ayırmaktadır.

Altınçağ: Tanrı Kronos'un egemenliği altında geçen çağdır.

Gümüşçağ: Tanrı Zeus'un egemenliği altında geçen çağdır. İnsanlar arasında kavgalar başlamış, tanrı sevgisi ve saygısı unutulmaya yönelmiştir.

Bronzçağ: Vahşet çağıdır.

Kahramanlık Çağı: Büyük kahramanların, yaşadıkları varsayılan çağdır.

Demirçağ: Bencillik, yalan, düzenbazlık çağıdır.

Hesiodos kendisinin bu çağda yaşamakta olduğunu söyler. Bunlardan altınçağ deyimi birçok düşünürlerce aynı anlamda kullanılmıştır. Buna karşı Fransız ütopyacı toplumcusu Saint-Simon (1760-1825), İnsanlığın altınçağ'ı ardımızda değil önümüzdedir, der.[2]

Antikçağ yazarlarının ve daha sonraki bazı düşünürlerin ileri sürdüğü "altınçağ" efsanesi nihayet, XIX. yüzyılın ikinci yarısında "İlmî" bir tez olarak savunulmuştur. Morgan, Engels ve Laveleye gibi yazarlar, bu tezin açıklayıcıları arasında önem kazanmışlardır.[3]

b) Eflatun (M.Ö. 427-347) ve **Aristo** (M.Ö. 384-322): Sosyal konularla ve dolayısıyla mülkiyet mes'elesi ile yakından ilgilenmiş iki antikçağ Yunan düşünürü.

---

1 Hançerlioğlu, Orhan: Felsefe Ansiklopedisi, Altınçağ Md.

2 Benzer düşünceleri İtalyan Rahibi Campanella (1568-1630), 1623 yılında yayımlanan "*Güneş Ülkesi*" isimli eserinde tekrar eder. Bkz. Güriz, Adnan *Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu*, Ankara 1969, s. 111, Sena Cemil, *Filozoflar Ansiklopedisi*, I, 346.

3 Krş. Güriz Adnan, *Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu,* Ankara 1969, s. 1

Bunlardan Eflatun, mülkiyet ve devlet mes'elelerini önce "*Devlet*" sonra da "*Kanunlar*" adlı eserlerinde incelemiştir.

Eski geçmişe ait "altınçağ" efsanelerini inceleyen[4] ve konuya insan tabiatının özellikleri açısından bakan Eflatun, ideal Devlet'inde, bütün mallara aşağı sınıf adını verdiği çiftçiler, esnaf ve tüccarların sahip olmasını, yönetici ve koruyanların ise, - toprakları evleri ve paraları olduğu takdirde, yurttaşların yardımcısı değil düşmanı veya efendisi olmayı düşünebilecekleri endişesiyle- sadece yıllık geçim masraflarını almalarını, aşağı sınıfın ise politikaya karışmamalarını teklif etmektedir. Mal konusuna olan yaklaşımı, böyle müdahaleci bir üslup karakteri taşıyan Eflatun, ideal devletinde ailenin kaldırılmasını da savunmuş ise de, insanların "insan olma" özelliklerini kavradığı son devirlerinde yazdığı "*Kanunlar*"da daha gerçekçi bir tavır almıştır. Bazı sınırlamalarla, her sınıf için özel mülkiyetin kabul edilmesi; evlenmenin hukuki bir kurum olarak benimsenmesi, "*Kanunlar*"ın en önemli özelliğidir. Maamafih, yine de çocukların birlikte yetiştirilmesi lüzumu üzerinde durmaktadır.[5]

Aristo'nun düşüncelerini "*Politika*"sında görüyoruz. Burada açıkladığı mülkiyet görüşü, Eflatun'un "Kanunlar"ını andırıyor. Aristo, İnsanoğlu için ideal saydığı devlet düzeninde toprağa vatandaşların sahip olmasını ancak, üretimin yalnızca yabancı ve köleler tarafından yapılmasını istiyor. Devlet topraklarının yarısına vatandaşların ortaklaşa malik olmalarını ve bu toprağın ortaklaşa sahip olunan kölelerce işletilmesini şart koşuyor.

Faizi yasaklayan ve insanın bir şeye sahip olma arzusunu tatmin ile ona, arkadaşlarına yardım edebilme ve cömertlik hasletlerini işletme imkanı vereceği gerekçesiyle özel mülkiyeti savunan Aristo, özel mülkiyetin sebep olduğu çatışmaların, kişilerin mallara özel şekilde sahip olmasından değil; fakat insan tabiatının kötülüğünden doğmakta olduğunu savunmakta; Eflatun'un yönetici ve koruyucuları servetten mahrum etme teklifini anlaşılmaz teklif olarak karşılamaktadır.[6]

Mülkiyetin tabii mi geleneksel mi olduğu, servet dağılımının hangi esaslara göre yapılacağı ve eşitlik - eşitsizlik konuları üzerinde durmuş bulunan bu düşünürlerin, konu ile ilgili tartışmaları ile, etkilerini, çağımıza kadar sürdürdükleri söylenebilir.[7]

4 Güriz, Adnan, age. s. 15.
5 Krş. Güriz, Adnan, age. s. 15-18
6 Güriz, Adnan, age. s. 18-21
7 Güriz, Adnan, age. s. 25.

2) Dinlere Göre Mülkiyet

Esas konumuz olarak sunacağımız gibi İslamiyet, mülkiyeti benimsemekte ve fakat bu hakkın kötüye kullanılmasını önleyip sosyal faydaya yöneltici mahiyette bazı kayıtlarla sınırlamaktadır.

Diğer dinler ise bu konuda, kimi mülkiyete karşı kimi taraftar olmak üzere, tek yönlü bir karakter göstermektedir. Şöyle ki:

a) Hindistan'da Brahmanizm, servet edinmek için çalışmanın günah olduğunu bildirmekte; mülk edinme aracı olması itibariyle de ticareti ve hatta bazan ziraati bile hoş karşılamamaktadır.[8]

b) Din adamlarına mülk edinmeyi ve çalışmayı yasaklayan Budizm[9] ise, bunları mensupları için bile, din adamları sınıfından aşağı bir sınıf olmanın sebebi saymaktadır.[10]

c) Hindi Ceyni dininin bir kolu olan Dicembera ise hayrete düşürecek ölçüde sapma göstermiş ve edep yerlerini örtecek örtü ölçüsünde bile mülk edinmeyi yasaklamıştır.[11] Öyle ki, mensupları, yerleşim yerlerinden uzak ormanlarda çırıl-çıplak yaşarlar.[12]

d) Çin Tavi dininde servet olsun mülkiyet olsun, sakınılması, uzak durulması gereken sevimsiz bir şey olarak telakki edilmiş; ancak mensupları, en çok "Tasi-Şin" dedikleri servet tanrılarına tapınışlardır.[13]

e) Konfüçyüs dini ise, her şeyin mülkiyetini tamamen Çin Devlet Başkanı'nın hakkı olarak görmektedir. Bu dine göre Çin Devlet Başkanı, hiçbir kayda tabi olmayan mutlak hakimdir. Göğün halifesi, yerin ve içinde bulunan her şeyin tek sahibidir. Yeryüzündeki bütün servette mutlak tasarruf yetkisini haizdir. Bütün insanlığın da başkanıdır).[14]

f) İran'da Zerdüşt dini, mülkiyeti üstün bir kurum olarak tanımakta; servet biriktirmeyi engellememekte, sadece, servetin hayırlı işlerde kullanılması-

---

8 Ebunnasr, Ahmed el-Hüseyni, *el-Milkiyye fi'l-İslâm,* Kahire, 1371-1952, s. 4. Haney, *L. H. History of Economic Tought,* s. 52'ye atfen.

9 Ebunnasr, age. s. 4: *Cultural Heritage of India,* Vol. I, p. 294'e atfen.

10 Ebunnasr, age. s. 4: Radhakrishan, R. *Hindu View of Life,* p. 91'e atfen.

11 Ebunnasr, age. s. 4: *Cultural Heritage of India,* Vol. I, p. 224'e atfen

12 Ebunnasr, age. s. 5.

13 Ebunnasr, age. s. 6: *A. Dictionary of Barton, Religions of China, Religion and Ethics'e* atfen.

14 Ebunnasr, age. s. 6 : Schmitt, E. *Konfuzius,* s. 194'e atfen.

nı emretmektedir. Ancak, ikili (dual) bir prensibe göre: Şer ve karanlıklar tanrısı "Ehriman"a karşı, hayır ve nur tanrısı "Ahuramazda" ya yardım yolunda.[15]

g) Zenc dininde ise mülkiyet, özellikle toprak mülkiyeti, kutsaldır. Bu sebeple Zenclere göre bir ülkeyi fethetmek, fethedilen ülke topraklarında mülkiyet haklarına sahip olma olarak telakki edilmez. Hatta zalim ve mütecaviz kumandanlar bile fethettikleri ülkenin arazi mülkiyetine saygı göstermişler; müdahale etmemişlerdir. Sadece kendilerine gönül rızası ile ne verilmişse onunla yetinmişlerdir.[16]

h) Yahudilik ve Hıristiyanlık'ta Mülkiyet konusu ayrı bir özellik arzeder; zira temelde İslam Hukuku'nun kaynağı ne ise Yahudiliğin ve Hıristiyanlığın da odur: Vahiy. Bu bakımdan Yahudilik ve Hıristiyanlıktaki mülkiyet anlayışı ile İslamdaki mülkiyet anlayışı arasında temelde büyük farklar olmamak gerekir gibiyse de hukuk gibi sosyal bir müessesenin, değişik zaman ve şartlar bakımından göstermesi tabii olan farklılıklar sebebiyle Yahudilik ve Hıristiyanlıkta mülkiyet mes'elesinin de kısa bir özetini takdimde fayda vardır.

Diğer dinlerdeki mülkiyet mes'elesinin özeti için kaynak olarak benimsediğimiz Ebu'n-Nasr'ın *el-Milkiyye*'sine göre Yahudilik, mülkiyet konusunda Brahmanizm, Budizm ve Ceynizm kadar bu hakkı reddetmede ileri gitmiyorsa da ziraatin dışında kalan ekonomik faaliyetlerden ne ticareti ne de herhangi bir yolla servet edinmeyi hoş görmemektedir. Bu sebepledir ki Yahudiler ticaret erbabını çok küçümser ve onlara "Kenanlı" derlerdi. Yahudiler ne ticarete ne sanata pek önem vermemişlerdir. "Mikabin" sifrinde ziraatten söz edilmekte fakat ticarete yer verilmemektedir. Josephus, Yahudilerin kendi zamanına kadar (M.Ö. 100-37) ticarete yönelmiş olmadıklarını, sürgün hadisesinden önce ise hiçbir yahudinin sanatla uğraştığının görülmediğini, aksine onlara göre sanatın değersiz bir şey olduğunu ve kölelere terkedildiğini, Hz. Süleyman zamanında ticaretin mevcudiyeti bir vakı'a ise de bunun, halkın eliyle değil, ya Fenikeliler yahut hükümet eliyle yürütüldüğünü söyler.[17]

i) Yahudilik hakkında söz konusu olan prensip mütalaası mahfuz tutulmak üzere, Hıristiyanlıkta mülkiyet konusunu yine aynı kaynaktan özetleyeceğiz. Ebunnasr'a göre Hıristiyanlık, gerek toprak gerek köle mülkiyetini

15 Ebunnasr, age. s. 7: Kapadia, *Theachings of Zoroasfer,* p. 90'a atfen.

16 Ebunnasr, age. s. 7: Delafose, *Les Negrés, p.* 44'e atfen

17 Ebunnasr, age. s. 5: Michaelis, *Laws of Moses,* Vol I art. XXXVIII'e ve Haney, L. H. *History of Economic Tought,* p. 48'e atfen.

malikin başına inmiş ilahi bir ceza olarak görmekte,[18] ziraat ve zanaat hariç, ekonomik faaliyetleri ve mesela ticareti hoş karşılamamaktadır.[19] Bu din, din adamlarına ve Hıristiyan halka ticareti, faizi[20] ve servet mülkiyetini yasaklamıştır.

C) Pozitif Açıdan Mülkiyetin Gelişimi

1) İlkel Mülkiyet

Mülkiyetin ilkel durumu, insan fıtratını önemli ölçüde yansıtabileceğinden, İslam Hukukunda mülkiyet kurumunu incelemeye başlamadan önce, ilkel mülkiyet mes'elesini ele almak faydalı olacaktır.

Her sosyal kurumun, ilkel insan topluluklarındaki başlangıcı hakkında kesin delillere dayalı aydınlığa ulaşmak, pozitif olarak mümkün değilse de bu sahadaki çalışmalar üzerinde yapılan değerlendirmeleri görmek bile bir dereceye kadar gerçeği yansıtabilir.

Görebildiğimiz kadarı ile, ilkel topluluklar hakkında İslam dünyasında ilmi karakterli çalışmalara rastlanmıyor, ilkel toplumun herşeyi ile olduğu gibi ilkel mülkiyet kurumu ile de antikçağ düşünür ve yazarlarından sonra bir çok Avrupa düşünür ve yazarının ilgilendiğini ve bu konuda araştırmalar yaptıklarını görüyoruz.[21]

İlkel insan cemiyetleri hakkında Avrupa yazarlarının serdedilen fikirleri, -Serdengeçtizade Hüseyin Edib Bey merhumun dediği gibi- muttarit olmamakla beraber, araştırmacıların çoğunluğu tarafından kabul edilen esaslar, ihtilaflara rağmen, bu topluluklar hakkında umumi bir fikir verebilir.[22]

Sözü edilen çalışmaların değerlendirilmesi, özellikle sosyalist ve liberal eğilimli düşünürler arasında tartışma konusu yapılmıştır. Sosyalist yazarlar, sosyalizmin doğruluğunu açıklamak için, ilkel "ortakçı" mülkiyet düzeninin savunmasını yaparken, liberal ekonomistler ilkel komünizm fikrini red ile il-

---

18 Ebunnasr, age. s. 5: Richords, D. D. and Jordan P. *Groundwork of Economics,* p. 7'ye atfen.

19 Ebunnasr, age. s. 5-6: Haney, L. H. age. p. 96'ya atfen

20 Ebunnasr, age. s. 6: Dopsch, A. *The Economic and Social Foundations of Europen Civilization,* pp. 345 ve 353'e atfen

21 Serdengeçtizâde, Hüseyin Edib, *Mülkiyet Nehcinin Vech-i Tekâmülü,* İstanbul 1921-1339, Osmanlıca (Doktora Tezi); Challaye, Felicien, *Mülkiyetin Tarihi,* Çev. Turgut Aytuğ, İst. 1944; Engels, Fredrich, *Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni,* çev. Kenan Somer, Ankara 1976; Güriz, Adnan, (Doç. D.), 3 numaralı dipnotta age.

22 Serdengeçtizâde, age. s. 25.

kel "özel" mülkiyeti savunmuşlardır.[23] Kısaca herkes, ilkel mülkiyeti, kendi görüşünü destekleme yönünde yorumlamağa ve kullanmaya çalışmıştır.

Bu çalışmaların ülkemizde de bir ölçüde değerlendirmesi yapılmıştır. Farklı görüşteki ekonomistlerin değerlendirmelerini de kısmen ihtiva eden ve 21'numaralı dipnotta gösterdiğimiz bu değerlendirme çalışmaları gözden geçirilirse, bu konuda daha geniş bilgiye sahip olmak mümkün olur. Bunlardan tesbit ettiğimiz ve araştırmamamız için faydalı bulduğumuz hususlardan bazılarını kaydediyoruz:

a) Mülkiyet insandan sonra değildir.

Serdengeçtizâde Hüseyin Edip merhumun sözünü etiğimiz eserinde dediği gibi ilkel toplumlarda mülkiyetin nasıl ortaya çıktığı meselesi şimdiye kadar çok mevzu edilmiştir. Bazı büyük adamların oldukça yüksek bir felsefenin mahsulü olan görüşleri, mülkiyete menşe olarak göstermeleriyle, meşhur birçok kimsenin, bu müesseseyi, günün birinde atalarımız tarafından sun'i bir şekilde kurulmuş saymaları, meselenin ortaya konuluş tarzının yanlış olduğunu gösterir. Gerçekten bu tarz, asıl müessese ile o müessesenin strüktürünü ayırd etmediği, bu yüzden de iltibasa yol açtığı gibi, alelıtlak mülkiyetin insana göre yeni (hâdis) olduğunu sabit olmuş farzetmektir. Halbuki en sathi bir araştırma, mülkiyetin yüksek hayvan türlerinde özellikle memelilerde ve kuşlarda mevcut olduğunu ve hatta epeyce mütekamil bir şekilde uygulanmakta olduğunu gösterir. Birçok göçebe kuşların dönüşlerinde her zaman aynı yuvaya gelip kışın terk ettikleri "mesken"i onararak orada yazladıklarını, mülkiyetin ilkel bir şekli olmak üzere kabul edebiliriz. Keza birçok yırtıcı hayvanın inleri ve kunduzların yuvaları "aile" mülküne benzemektedir. Her orang-otang, veya goril sürüsünün bir orman mıntıkısına tasarruf ettiği de müşahede olunmuştur. Aynı hayvanların cinsi ilişkilerinde gösterdikleri "kıskançlık" belirtileri dahi "tahsis" fikrini bir dereceye kadar haiz olduklarını göstermektedir.

Yontulmuş taş devrinde yaşayan Trogloditlerin (troglodythes) mağaraları içinde bulunmuş olan aletlerin çeşitliliği bunların oldukça girift (mu'dal, komplex) bir iş bölümüne tabi bulunduklarını göstermektedir. Halbuki, cinsî safhayı aşan her işbölümü, mübadelenin, yani fıkıhtaki anlamı ile "bey" (alım-satım)ın varlığını ve binaenaleyh "kıymet" ile "ferdi mülkiyet" fikirleri-

23 Güriz, Adnan, age. s. 2.

nin inkişafını gerektirir. Böylece en ilkel devirlerde bile fertlerin hiç olmazsa bir kısım eşyayı benimsedikleri ortaya çıkar.

İlkel mülkiyet konusunda oldukça yeni araştırmaların sahibi ve Property, adlı eserin yazarı Ernest Beaglehole, "ilkel insanın mülkiyet konusunda hem ferdiyetçi, hem toplumcu özelliklerini yansıttığını..." açıklamaktadır.[24]

Eğer bütün bu tesbit ve müşahadelerin neticesinde bir hüküm vermek gerekirse, mülkiyetin insana göre yeni değil, aksine eski olması icabeder. Binaenaleyh Viollet: "Ferdi mülkiyetin başlangıcı, insanın ortaya çıkmasından daha yeni değildir. Kamu mülkiyetinin başlangıcı aileden veya ilk insan kitlelerinden daha yeni değildir." derken, tamamen haklıdır.[25]

b) İlkel aile ve soy mülkiyeti hakkında görüş birliği vardır.

Yine Serdengeçtizâde Hüseyin Edib Merhum, konu ile ilgili bir çok araştırmalara ve mesela yukarıda sözü edilen eserlerden başka Fustel de Coulanges"in *La Cite Antique* adlı eserine dayanarak şunları söylemektedir: Aile en eski zamanlardan beri mevcuttur. Hatta ilkel devirlerde toplumun (cumhur) bir akraba zümresi ile onların tabilerinden ibaret olması en tabii ve en yaygın hadisedir. Mesela ziraatin ve hatta çobanlığın henüz mevcut olmadığı eski devirlerde karada ve suda avcılık ile geçimlerini sağlayan insan topluluklarında mülkiyet fikri bütün bütün yok sayılmasa da henüz düzenli bir sistem olmadığı söylenebilir. Bu insanların hayatı pek basit olmakla beraber, en ilkel grupların bile mübadele'yi tanıdıklarını ve bir takım eşyayı çeşitli mülkiyet biçimlerine tabi tuttuklarını, yine iş bölümünde cinsi safhayı geçmiş bulunduklarını kuvvetle tahmin ettirecek deliller mevcuttur. Hatta barındıkları mağaraların kısmen dar anlamıyla aileye, yani bir çift ile çocuklarına tahsis edilmiş olmaları ve böylece aile mülkiyetine ibtidai bir örnek teşkil etmeleri söz konusudur.

Zira'i karye devrinde köye ait bütün arazinin rakabesi (çıplak mülkiyeti) köyde oturan soya aittir. Fertler topraktan ancak belirli bir tarzda intifa etmek salahiyetini haizdir. Bu da ormanda avlanmayı ve ziraate ayrılan bölgeden hissesine düşen miktarı -ekip biçmek şartıyla- isteme yetkisini ihtiva eder.[26] Her fert kendisine isabet eden hisseyi eker ve ürününü toplar. Yalnız belirli bir miktarını ihtiyaç zamanına saklamak, bazan da ortak köleleri bes-

24 Güriz, Adnan, age. s. 10

25 Serdengeçtizâde, age. s. 9-11, 28.

26 Laveleye, *De la Propriété et de Les Formes Primitives,* 1891, 4. baskı, s. 98'e atfediyor, s. 36-37.

lemek üzere köy ağasına verir. İşte vergi, daha doğrusu arazi vergisi, cemiyet içinde böyle başlamıştır. Filhakika alelıtlak vergi, kabile haline gelmiş sırf çoban toplumlarda da reise belirli bir nisbet dahilinde verilen hayvanlar ve deriler tarzında müşahede edilmektedir. Fikirleri çoğunlukla bize muhalif olan Fustel, soy mülkiyeti konusunda bizimle mutabık kalmış, soy mülkiyetini daima kabul etmiştir. Birçok ibarelerinde bu kanaati açık veya kapalı olarak açıklamıştır.[27]

c) İster, ilkeller hakkında esaslı bir araştırma yapan ve "*Les Fonctions Metales dans les Sociétés Inferieures* - İbtidai Cemiyetlerde Ruhi Faaliyetler" ile "*L'Ame Primitive* - İlkel Ruh" adlı eserlerin sahibi meşhur Fransız mütefekkiri ve ilim adamı Levy Bruhl'un vardığı sonuçta görüldüğü gibi "İlkel, kendini, kutsal saydığı çevresindeki insan ve eşyaya mistik şekilde bağlı hissederek"[28] olsun, ister Beaglehole'ün açıkladığı gibi "...mülkiyet duygusunun, elde bulundurma veya sahip olma fitrî meylinin mahsulü olduğu"[29] kabul edilsin, ilkel toplumlarda mülkiyet duygusu ve mülkiyet konuları mevcuttur.[30]

d) İlkel mülkiyet ile modern mülkiyet arasındaki farklar daha çok konu, kapsam ve strüktür farkıdır.

Ancient Society adlı eserin yazarı Amerikan etnoğraf ve tarihçisi Levis H. Morgan'ın[31] kanaatine göre mülkiyet konusu olabilecek nesnelerin son derece az oluşu, özel mülkiyetin belirmemesinde belli ölçüde etken olmuştur. Barbarlığın orta merhalesinde ise mülkiyetin, önemli bir rol oynamaya başladığı görülüyor.[32]

Morgan'ın tesiriyle F. Engels, barbarlık dönemi ile ilgili olarak diyor ki: "Üretim hayatı en dar sınırlar içinde hareket ediyordu. Ama üreticiler, kendi ürünlerinin sahibi idi. Bu, uygarlığın başlaması ile kayboldu. Gelecek nesillerin görevi, bunu yeniden fethetmek olacak. Ama insan tarafından tabiat üzerinde kazanılan egemenlik ve artık mümkün bulunan hür "ortaklaşma"[33] temeli üzerine".[34]

27 Serdengeçtizâde, age. s. 26, 27, 36-37.

28 Güriz, Adnan, age. s. 8: Chaliaye, Felicien, ag. çev. s. 12'ye atfen.

29 Güriz, Adnan, age. s. 9: Beaglehole, age. p. 152'ye atfen.

30 "C, 1, a" ile krş.

31 Bkz. Engels, Friedrich, *Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni,* Çev. K. Somer, Ankara, 1976, s. 14 ve 272.

32 Güriz, Adnan, age. s. 3: Simpson and Stone, *Law and Society,* Book One 1948, p. 112'ye atfen.

33 Dayandığı ve beğendiği fikir "herkesin, kendi emeğinin ürününe sahip olması", yorumladığı yön ise, "ortaklaşma temeli". Burada, ideolojik yorumun tipik örneği ile karşılaşıyoruz.

34 Güriz, Adnan, age. s. 3: Engels, F. age. Ank. 1967 baskısı s. 159'a atfen.

İlkel ve mütekâmil mülkiyet arasında hatta yalnız hükümlerde değil esaslarda bile farklılık vardır. Mesela ihraz, avın ve alelıtlak mubah malların mülkiyetinde esas iken; ücretin veya eserin mülkiyetinde esas, emek (sa'y)dır.[35]

Bu hususta Brüksel müderrislerinden Tarbouriach[36] şu cümleleri yazıyor: Alelıtlak mülkiyetten bahsetmeden vazgeçip bu müessesenin muhtelif şekillerini birer birer göz önüne alacak olursak insan toplumlarının ilkelleri hakkında hiçbir araştırmaya ihtiyaç kalmaksızın, adı geçen şekillerin herbirine, diğerleri için sözkonusu olmayan mezkur mülahazalardan birisinin mutabık geldiğini derhal görürüz.[37]

2) Ortaçağ ve Mülkiyet

Ortaçağ, mülkiyet ilişkisi bakımından derhal, feodalizmi hatırlatır. Feodal toprak mülkiyeti ise en belirgin özellikleriyle kendisini Avrupa'da gösterir.

Büyük istilaların ardından gelen karışık zamanlarda fert, herhangi bir tehlikenin kurbanı olmak korkusu ile daima kuvvetli bir kimsenin himayesine sığınmıştır. Bu devirlerde fert kuvvetli ve nüfuzlu kimselere başvuruyor; bir senyörün bağımlısı haline gelmeyi kabul ediyor; eğer kendisine ait olan biraz toprak varsa onu da senyöre terk ediyor; Senyör ise bu toprağın işletilmesini ona bırakıyordu. Bu şekilde verilen mülkiyete benefice yani lütuf ve hediye (Latincesi beneficium) denirdi.[38]

Hatta senyör bazan kuvvetine dayanarak zayıfları kendi nüfuzu ve himayesi altına alıyor ve bu bahane ile mallarına el koyuyordu. İlk zamanlarda bağımlılık ömürle sınırlı idi. Bağımlının veya senyörün ölümü ile sona ererdi. Verilen şey, verenin veya ondan yararlananın ölümüyle geri alınabilirdi. Zamanla bu bağımlılık ve sağladığı kazançlar miras yolu ile geçmeye başladı. Bundan böyle bu haklara fief (Latincesi feodum, ki feodalite de buradan gelir) adı veriliyor. Mülkiyet hakkına senyör, tabii olarak hükümdara ait olması lazımgelen adaleti yerine getirmek ve vergi almak gibi hakları da ekliyordu: "Her baron kendi baronluğunda hakimdir". Tarihçi Guizod (1787-1874)'un formülüne göre feodalite "hükümranlıkla mülkiyetin birbirine karışması"dır.[39]

35 Serdengeçtizâde, age. s. 13.

36 Tarbouriech, Ernest, *Essai sur la Propriété,* 1914.

37 Serdengeçtizâde, age. s. 13: Tarbouriach, age. p. 239'a atfen.

38 Challaye, Felicien, ag. çev. s. 55.

39 Challaye, Felicien, ag. çev. s. 55-56.

Asiller arasında senyör ismi ancak bir fief sahibine verilir. "Topraksız senyör yoktur." Böyle bir rejimde her şeyden önce büyük bir karışıklık "fieflerin garip bir mozaiki" vardır. Zamanla senyörler arasında daha doğrusu sahip oldukları topraklar arasında bir derecelenme meydana gelir. Bu yüzden bazı araştırmacılar feodal rejimde "basit derebeyinden krala kadar giden karşılıklı bir bağlılık ve yardım zinciri" niteliği görmüşlerdir.

Feodal toprak mülkiyetinin temel niteliklerinden biri aynı toprağın, birbirine bağlı ve birbiri üzerinde emir hakkı olan ayrı ayrı sahipleri olmasıdır. Mülk sahiplerinin yanında yahutta daha yerinde bir deyimle fief ismini almak hakkına sahip olanların (tenures nobles) yanında toprak sahibi olmayan (tenures roturieres) ve onu işleyenler vardır. Senyör "villa" denilen arazisini toprak ürünlerinden bir kısmını kendisine bırakmak şartıyla bu topraksızlara verebilirdi. Ancak bunlar, daha başka hükümler altında idiler. Toprağı işleyenlerin bir kısmı prensip bakımından hür kimselerdi. Toprağı istedikleri zaman bırakmak imkanına sahiptiler; fakat bunların çoğu "serfler", yani kölelerdir.[40]

Serflik, eski devirlerdeki köleliğin devamıdır. Başka bir ifade ile köleliğin yerini serflik almıştır.[41] Özetlersek:

Feodalizmin en gelişmiş şeklinin başlıca özellikleri vasallık ve fief kurumlarıdır. Frank (1822-1890) ve Lombart dönemlerinde dahi çeşitli tabakalara mensup bulunan hür insanlar kendilerinden daha kuvvetli birisinin himayesini sağlamak ve hizmetlerini o kişiye vermek suretiyle iyi bir hayat sağlamak yolunu araştırıyorlardı. En yoksul olan insanlar ise serf veya toprak kiracısı durumuna düşüyorlardı. Diğer taraftan senyörler kendilerine sağlam şekilde bağlı sadık insanlara ihtiyaç duyuyorlardı. Bu durum feodal sistemin en önemli özelliği olan tabilik anlaşmasının doğumunda başlıca rolü oynamıştır.[42]

Buraya kadar, mülkiyetin ilk ve orta zamanlara ait bazı çizgilerini gördük. Mülkiyetin ileri zamanlarda ve zamanımızda aldığı şekli ileriki bahislerimizde incelemek üzere genel bilgiler arasında sunmayı planladığımız mülkiyetin tarihi ile ilgili özetleri burada kesiyor; İslam Hukukunda mülkiyeti araştırmamıza esas teşkil etmek üzere genel bilgiler arasında incelemeyi planladığımız ve mülkiyetin en esaslı konularından biri olan "mal" (=eşya)'ı incelemeye geçiyoruz.

---

40 Challaye, Felicien, ag. çev. s. 56-57.

41 Challaye, Felicien, ag. çev. s. 57.

42 Güriz, Adnan, age. s. 72

II - MAL, HAK ve HUKUK

A) Mal

Mülkiyet hakkının ve serveten en önemli konularından olması bakımından bu bölümde "mal" hakkında bilgi vermemiz gerekmektedir. Esasen zamanımızda mülkiyet, Eşya Hukuku'nun önemli bir bölümünü teşkil eden "ayni haklar" arasında İncelenmektedir. "Ayn" ise elle tutulur, gözle görülür maddi bir varlığı olan "şey" demektir. Bu manada "eşya", "şey"in çoğulu olup biraz aşağıda göreceğimiz gibi Fıkıh'taki "menafi" karşılığında yer alan "a'yân" mefhumunu karşılamaktadır.

1- Sözlük manası

Arapça bir kelime olan "mal", manası bilinen, açıklamaya gerek olmaksızın tanınan bir kelimedir. Bir kimseye: "Başkasının malına el uzatmayacaksın!" denildiğinde o kimse burada "mal" kelimesinden ne kasdedildiğini anlamakta güçlük çekmez. Bu sebepledir ki Muhtaru's-Sıhah" gibi bazı sözlükler, kelimenin sözlük anlamını açıklamaya gerek görmeksizin "maruftur" demekle yetinmişlerdir.[43]

Böyle olmakla beraber, özellikle sonraki devirlerde daha iyi anlaşılabilmesi için pek çok kaynakta kelimenin sözlük anlamı açıklanmıştır. Firuzâbâdi: "Mal, herhangi bir şeyden malik olduğun şeydir; cem'i emvâl gelir" şeklinde malın sözlük anlamını açıklarken[44] İbnu'l-esîr: "Mal diye aslında altın ve gümüşten malik olduğun şeylere denirken sonradan elde edilen ve malik olunan her türlü a'yân'a (maddi eşya) mal denilmiştir. Bu ismi Araplar en çok develer

43 Musa, M. Yûsuf, *el-Fikhu'l-İslamî,* Kahire, 1957, s. 251; er-Râzî, Muhammed, (h. 666'da sağ) *Muhtarussıhah* (lugat),(m-y-l) (mal) md.

44 Firuzâbâdi (817/1414), Kâmus (Mütercimi Asım Efendi), "mal" md.

hakkında kullanmışlardır. Zira mallarının büyük bir kısmı develerden meydana geliyordu.[45] Kişi "temevvul etti" yani mal sahibi oldu; kişiyi biri "temvîl etti" yani ona mal verdi demek olur." diyerek daha geniş ölçüde bir açıklamada bulunmuştur.[46]

Mal kelimesinin doğuştan bütün (camid) bir kelime olmayıp Arapça'da ismi mevsul "mâ" mülkiyet ifade eden harfi cer "li" ve birinci tekil şahsa aid "y" zamirinden yapılmış "bana ait olan şey" anlamında bir terkip (=mâ'lî) olduğu; bu terkibin sonundaki şahıs zamiri atılarak "sahipli olan şey" anlamına bir isim olmak üzere "mal" (=mâ lî = mâli = mâ I = mâl) sözcüğünün meydana geldiği;[47] bu kelimenin daha sonra müstakil bir kelime gibi tasrif edilerek çoğulunda "emvâl", mal sahibi kılmak anlamında "temvîl" ve mal sahibi olma anlamında "temevvül" şeklinde kullanılageldiği belirtilmektedir.[48]

Buna göre edinmeye konu olabilen her şey, gerek a'yân (Res Corporales, maddi şeyler) olsun gerek menâfi' (usufruct, menfaatler), sözlük anlamında "mal" dır.[49]

2- Terim Manası

Hukuk düzeninin eşya kavramı ile fiziki eşya kavramı her zaman birbirine uymamakta ve bu, çeşitli hukuk nizamlarında başka başka şekillerde tesbit edilmiş bulunmaktadır. Mesela Fransız Hukuku eşya için İktisâdi bir değeri olan, temellüke elverişli her şeyi kapsayan" bir kavram kabul ettiği halde, Alman Medeni Kanunu sadece cismânî varlıkları eşya olarak kabul etmiştir. Aynı şekilde Türk - İsviçre Medenî Kanunlarının kabul ettiği hukukî anlamda

45 Türkçemizde de diğer mallar arasında özellikle sığır ve manda gibi büyük baş hayvanlara mal denilmektedir.
"Böylesi mal düşmesin fukaraya
Benim senden bağrım yandı boz öküz." (Talibî)
"Yurda geldiler, düşmandan kaçıp gelen dört maldan
(Deve, at, öküz, koyun) çok buldılar."
(Ergenekon Destanı): *(Meydan Larousse,* Mal md. VIII, 280).

46 *İbnu'l-Esîr* (h. 606), *en-Nihâye fî Ğarîbi'l-Hadîs.*

47 Plessener, *İslam Ansiklopedisi,* "mal" md. VII, 214; Abdülkerim el-Hatîb, *es-Siyâsetu'l-Mâliye fi'l-İslâm,* Beyrut 1975, s. 23.

48 İbnu'l-Esîr, age. "mal" md. IV, 372; er-Râzî, Muhammed, age. "mal" md. s. 165.

49 Ebû Zehrâ, Muhammed, *el-Mülkiyye ve Nazâriyyetu'l-akdi fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, Mısır 1939 s. 43.

eşya: "Üzerinde ferdi hakimiyet sağlanabilecek iktisadi bir değer taşıyan, şahıs dışı cismâni varlıklardır."[50] şeklinde tarif edilerek, hukuki manada sadece cismânî varlıklar eşya kapsamına alınmıştır. Bu sebeple İslam Hukuku'nun kabul ettiği hukukî manada eşya kavramını tesbit zarureti doğmaktadır. Önce hemen belirtelim ki İslâm Hukukunda hukukî anlamda eşya, "eşya" başlığı altında değil, "mal" adı altında incelenir. Malın muhtevasını ise "*a'yân ve menâfi*" teşkil eder. A'yân'ın, "muayyen ve müşahhas varlığı olan şey"ler (Mecelle, 159) olduğu dikkate alındığında Türk - İsveç doktrininde yerleşen "eşya" deyiminin, buradaki "ayân"ı karşıladığı görülür. Açıktır ki modern hukukta görülen eşya, İslâm Hukukundaki "mal"ın sadece bir bölümünü, yani a'yânı ifade etmiş olmaktadır.

Biz, İslâm Hukukuna göre Hukukî anlamdaki "şey" kavramını tesbit etmek isteğimize göre, "cismânî varlıkları olan" şeyleri de "cismânî varlıkları olmayan" şeyleri de içine alan bir kavram olan "mal" kavramını tesbit etmemiz gerekmektedir.

İslâm Hukukçularının malı tarifleri bu kelimenin sözlük anlamı ile yakından ilgilidir ve ona çok yakındır.

Mecelle malı, "*tab'ı insâni mâil olup da vakt-i hacet için iddihar olunabilen şeydir ki menkûle ve gayrî menkûle şamil olur.*" şeklinde tarif eder, (Madde, 126). bu tarifi değerlendirebilmek ve diğer fıkıh mezheplerindeki farklı görüşleri tesbit edebilmek için burada bir şeyin Mecelle'ye ve onun kaynağı olan Hanefi içtihadına göre "mal" sayılması için gerekli görülen şartları incelememiz icap ediyor:

1. Şey'e Mecelle'nin ifadesi ile "tab'ı insânî mâil" olmalıdır. Yukarıda naklettiğimiz kanûni ifade ile, şey'in, "İktisâdi - ticâri" bir değeri olmalıdır. Buna göre, böyle bir değeri olmayan şey "mal" tarifinin dışında kalır: Hür insan, bir tek buğday tanesi, leş ve akmış kan gibi. Bizzat İmam Muhammed'e atfedilen: "Altın ve gümüş paralar; buğday, arpa ve davarlar; giyecek eşyası ve diğer... temellüke elverişli şeylere mal denir".[51] şeklindeki tarif ile İmam Şafiî'ye ait "*mal denince akla gelebilenler şunlardır: Az da olsa bir ticari değeri olup telef edenin taz-*

50 Oğuzman, M. Kemâl-Seliçi, Özer, *Türk Eşya Hukuku,* İstanbul 1978, s. 3-4, 8.

51 Molla Husrev (885/1480), *Dürer,* I, 180; Babertî, Ekmeluddin, (786/1384) *el-İnâye,* II, 208.

min etmek zorunda kalacağı şeyler ve insanların normal olarak sokağa atmadıkları -para gibi- şeyler." şeklinde tarif,[52] Mecelle'nin tarifinin bu bölümünü açıklar. Esasen *Dürer*[53] ve *Reddu'l-Muhtar*[54] gibi belli başlı Hanefi fıkıh kitaplarında mal, "*bezl ve men'e konu olan şey*" olarak tarif edilirken de aynı mana ifade edilmiş olmaktadır.

Mecelle'nin biraz garip karşılanan[55] "insan tabının meylettiği" tabiri, ya mal kelimesinin "meyl" kökünden gelmesi gibi bir düşünce, yahut temellüke elverişli şeylere insanın tab'an meylettiği gibi bir düşünce ile açıklanabilir. Nereden gelirse gelsin, Mecelle'nin bu tarifi Hanefi fıkıh kitaplarından nakledilmiş bir tariftir.

2. Mecelle'nin tarifinin devamındaki ifadeye göre "şey", ayrıca, "ihtiyaç zamanına saklanabilen bir şey" olmalıdır ki ona mal denebilsin. Hanefiler mal'da bulunmasını gerekli gördükleri bu nitelikten dolayı "hakkı süknâ" ve "hakkı istiğlâl" gibi[56] menfaatleri "mal" kavramına dahil etmezler. Bu sebeple de "*menfaatler, tek başına mütekavvim mal*[57] *sayılmaz*" şeklinde kaide koymuşlardır: (Lâ yukavvemu'l - menafi'u fi enfusiha).[58]

Kaide bu olmakla beraber Hanefiler icare akdine, daha doğru bir ifade ile herhangi bir akde konu olan menfaatleri bu kaideden istisna ederek mütekavvim mal saymışlardır. Hanefilerin bu istisnaları, birtaraftah ihtiyaç ve zaruret sebeplerine, diğer taraftan nassa (hadis) dayanan bir (istihsan) dır.[59] Daha sonraki devirlerde bu istisna biraz daha genişlemiş ve yetim ve vakıf malları ile istiğlâl'e tahsis edilmiş mallara ait menfaatler de "mal" muamelesine tabi tutulmuştur.[60]

52 es-Suyûtî (h. 911), *el-Eşbâh ve'n-Nezâ'ir,* Mısır 1959, s. 327.

53 Molla Hüsrev, *Dureru'l-Hukkâm fî Şerh Ğureri'l-Ahkâm,* İstanbul 1318, II, 168.

54 İbn Abidîn, Alâuddin (h. 1252). *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Durri'l-Muhtâr,* İstanbul 1306, IV, 111.

55 Krş. Mahmassânî, Subhî, *en-Nazarriyyetu'l-'Âmme li'l-Mûcibât ve'l-Ukûd, fi'ş-Şerîatil-İslâmiyye,* Beyrut 1948, s. 8-9; Ansay, Sabri Şâkir, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukûku,* Ankara 1958, s. 81; Ebû Zehra, age. s. 43.

56 Meselâ, bir vakıf evde oturma veya bir vakıf gelirinden yararlanma hakkı.

57 Malın çeşitleri anlatılırken "mütekavvim mal" tanıtılacaktır.

58 Hadimî, Ebû Sa'id, M. b. Mustafa (h. 1176), *Mecâmi'u'l-Hakâ'ik* (Menâfi' şerhi ile), s. 329; Mahmassâni, age. s. 9-10.

59 İstihsan, Hanefi içtihadında fer'i şerî delillerdendir. Ya kamu yararı (maslahat) yahut nass (ayet, hadis) sebebiyle kıyası terketmek demektir.

60 Mecelle, md. 596-599.

Hemen kaydedelim ki Hanefilerin, menfaatlerin tek başlarına mütekavvim mal sayılmayacaklarına dair kaidelerinin izahı nazari (teorik) dir. Serahsi bu kaidenin gerekçesini izah sadedinde diyor ki: Şey'de maliyet sıfatı, onu mal edinme (temevvul) ile olur. Temevvul ise muhafaza edip ihtiyaç zamanına saklamaktan ibarettir. Menfaatler an be an meydana gelir. Bir vakitten bir vakte kalmadan geçip gider. Meydana gelmesi ile gitmesi bir olur. Böyle olunca bu gibi şeylerde temevvül düşünülemez.[61]

Tamamen teorik olan bu izah pratik değildir; zira Hanefi mezhebinde bu kaideye dayanan bir çok mesele vardır ki sırf bu kaide yüzünden bir hayli zorluklar doğmasına sebep olacak niteliktedir. Mesela, birinin malını gasb eden kimse gasbettiği malı ne kadar kullanmış ve çalıştırmış olursa olsun, mal sahibinin menfaatlerini tazminle mükellef olmayacaktır. Yine mesela bir kimse, akid yapmadan ve bir hakkı da olmadığı halde birinin evinde bir müddet otursa veya vasıtasını kullansa, evde oturmaktan ve vasıtasına binmekten sağladığı menfaatleri tazminle mükellef olmayacaktır.[62] Mamafih, Hanefiler de, bir akde konu olduğu takdirde menfaatin hükmen mal sayılacağını kabul etmekte;[63] ayrıca yetimi ve vakıf mallarına ait menfaatlerle kiralık ev ve araba gibi gelir getirmeğe (= istiğlâl) tahsis edilmiş bulunan mallara ait menfaatleri bu kaidenin dışında tutmaktadırlar.[64]

Bundan dolayı İmam Şafi'nin Hanefi'lere bu konudaki muhalefetini yadırgamıyoruz. İmam Şafi'î, Mecelle'de ifade edilen tarifin ikinci şartını lüzumlu görmemiş oluyor; ve "*Menfaat mütekavvimdir. Menfaat de tıpkı "ayn" gibi tazmin edilir; çünkü bizim "mal" dediğimiz, ihtiyaçlarımızı karşılayan şeylerdir. Menfaatler ise bizzat ihtiyaçlarımızı karşılamaktadır. Bir şeyin maliyeti insanların o şeyi edinmeleri (= temevvül) ile tayin ediliyorsa, insanlar menfaati edinmekte; icare akdi ve benzeri tasarruflarla onu, ticaret konusu yapabilmektedir. O halde menfaatin mal sayılmasına bir engel görünmüyor*", diyor.[65] Aynı görüşü Hanbelilerde paylaşıyor. İmam Şafii, Ahmed b. Hanbel ve tâbîleri bu görüşlerinde haklı sa-

---

61 Serahsî, *Mebsût,* XI, 78; Mahmassânî, age, s. 9.

62 Serahsî, age. XI, 78; Mahmassânî, s. 9. Hanefîlerin bu noktayı nazarları, çok geniş bir hukuk anlayışına dayanmaktadır.

63 Serahsî, age. XI, 78; Ebû Zehrâ, age. s. 48-51.

64 Mecelle, md. 596; Serahsî, age. XI, 78.

65 Serahsî, age. XI, 78; Taftazâni, Sa'duddin, *Telvih,* İst. 1310, I, 325; Ebû Zehrâ, age. s. 44; Mûsa, M. Yûsuf, age. s. 252.

yılabilirler; çünkü bu görüş, ictima'î hayatta insan ihtiyacına daha uygun adalete daha yakın görünüyor. Doğrusu menfaatler daima, eşyanın değerlerini tayinde rol alan en önemli unsurlardandır. Veya hatta İzz b. Abdusselâm'ın dediği gibi "mallardan beklenen gaye menfaattir".[66] O halde menfaatlere mal demek ve onları mütekavvim mal saymak normal karşılanmalıdır. Bu açıdan bakıldığında Mecelle'yi bu mes'elede tadil eden Osmanlı Usul-i Muhakematı Hukuk Kanununun 64. maddesi isabetli sayılabilir. Söz konusu madde malı, "*gerek a'yân, gerek menâfi, gerek hukuk olsun, halk arasında tedavül edilegelen şeyler alelıtlak mal sayılır*," diye tarif etmiştir. Esasen hemen bütün hukuk sistemlerinde mal böyle tarif edilmekte ve sadece maddi mallardan ibaret olan a'yândan ayırmak için, menâfi'e gayri maddi mal denilmektedir.[67] Bu itibarla Bahr'ın[68] *el-Hâvi'den*[69] naklettiği tarif, en uygun tarif olarak kabul edilebilir:

"*İnsanların ihtiyaçlarını karşılamak için yaratılan ve istenildiği zaman elde edilip kullanılabilen, insandan gayri şeylere mal denir*".[70]

Bununla birlikte tarifin sahibi Kadı Cemâlüddin Ahmed b. Muhammed Gaznevi'nin ölüm tarihi dikkate alındığında yaşadığı yüzyıla göre (12. yüzyıl), bir eksikliği göze çarpar: Köle'yi ihtiva etmemektedir. Ne var ki bu eksiklik bir yandan İslam Hukukçularının köleye bakış tarzını aksettirirken diğer taraftan ayrı bir mükemmeliyet kazandırmaktadır; zira insan, "mal" değildir. Kölelik sisteminin yürürlükte olduğu devirlerde insana mal muamelesi yapılması, onun tabiatına yabancı ve geçici bir şeydir. İnsanlık, elinden geldiğince her çeşidi ile köleliği ortadan kaldırma yolunda olmalıdır. İslam'ın öngördüğü husus budur.[71]

Dikkat edilirse görülür ki tarifler arasında göze çarpan farklılıklar esasla alakalı değildir. Farklı görüşlerin gerekçeleri hukuki (= şer'î) bir nass'dan çok eşyanın tabiatına ve insanların benimsemelerine dayanmaktadır. Tariflerde

66 Mahmassânî, s. 10; İzz b. Abdüsselâm, *Kitabu Kavâ'idi'l-Ahkâm li Mesâlihi'l-Enâm,* I, 172'ye atfen.

67 Mahmassânî, s. 10. Maamafih, Mecelle'nin böyle dolaylı tâdilinin başka mahzurları üzerinde durulmaktadır. Bkz. ez-Zerkâ, III, 127.

68 İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâ'ik,* l-V Kahire 1311.

69 Kâdî Cemâlüddin A. b. Muhammed (h. 593), *el-Hâvî fi'l-Furû'.*

70 İbn Nuceym, (h. 970/1563 m), *el-Bahr,* V. 277; Ebû Zehrâ, age. s. 44.

71 Kölelik konusunda İkinci bölümde "zimmet" bahsinde bilgi vardır.

varılmak istenen gaye birdir: Sözlük anlamından uzaklaşmadan malı, hukuki bir açıklığa kavuşturmak. Zira "mal" kelimesi Kur'an-ı Kerim'de ve hadislerde -çok kere hukuki muamelelerin konusu olarak- geçtiği halde, hakkında özel bir açıklama gelerek ona "namaz" (salat), "oruç" (savm) ve "nikâh" konularında olduğu gibi, sözlük anlamından ayrı, İslâmî ve şer'î (dinî ve hukukî) özel bir muhteva verilmemiştir. Bu kelimenin ifade ettiği kavram, insanların anlayışına bırakılmıştır. Bir kimse Hz. Peygamber (s.a.v.)'in: "*Müslümanın her şeyi; kanı, malı, ırzı... müslümana haramdır*." hadisini duyduğu zaman, hadiste geçen "kan" ve "ırz" kelimelerinin anlatmak istediğini anladığı gibi, "mal" kelimesinin anlatmak istediğini de -kelimenin terim manasına ihtiyaç duymaksızın- anlamakta güçlük çekmez. Daha doğrusu İslamiyet, diğer bir çoklarında olduğu gibi bu kavramı da bu tarz bir anlayışa açık bırakmıştır. Dolayısıyla mal kavramı bir "örf-i şer'î" değildir.[72] İnsanlar "mal" kelimesinden ne anlıyorsa ona, İslâm'a ve İslâm Hukuku'na göre de mal denir. İslâm hukukçuları (Fukahâ) yaptıkları tariflerle bu anlamı belirlemeye çalışmışlardır. Belirlenen bu anlam, artık, aynı zamanda hukuki bir kavramdır.

Bütün bu tariflere göre toprak, eşya, canlı hayvan, para ve benzeri malik olduğumuz şeyler mal sayılır. Aynı şeklide, bilfiil maliki olmasak da normal olarak elde edilmesi ve yararlanılması mümkün olan -denizdeki balık, havadaki kuş ve dağdaki av hayvanları gibi- şeyler de mal sayılırlar. Yine bu tariflere göre evlerde oturma, vasıtaya binme gibi menfaatlerle sükna hakkı ve istiğlal hakkı gibi haklar, mal kavramına dahil olacaklardır. Öte yandan bu tariflerin delaleti ile -Güneş ışık ve ısısı ile hava gibi fiilen ihrazı mümkün görülmeyen şeyler- çok faydalı olmalarına rağmen, mal sayılmayacaktır.[73] Bununla beraber gelişen teknik, gazların tüplere depolanması gibi, Güneş ışın ve ısısı ile havanın depolanmasını mümkün kılar ve insanları bunlardan bu yolla da faydalanmaya, bunları edinmeye konu yaparlarsa, bunların da mal kavramına gireceği açıktır.

Malı tarif konusunda çeşitli hukuk sistemlerinde farklı düzenlemeler görüyoruz. İslâm Hukuk sisteminin temel kaynaklarında mal tarif edilmemiş sadece bazı mallar hakkında hükümler sevkedilmiştir. Türk - İsviçre ve Mı-

72 Aynı kanaat için bkz, Ebû Zehrâ, age. s. 44; Musa, M. Yusuf, age. s. 251-252.

73 Ebu Zehrâ, age, s. 44; Musa, M. Yûsuf, age, s. 252

sır- Fransız Medeni kanunları da malı eşyanın çeşitlerini bildirmekle dolaylı olarak; Irak Medeni Kanunu ise 61. maddesi ile doğrudan tarif etmiştir.[74]

Eklemek gerekir ki, malı kanunla tarif eden sistemlerde nelerin mal sayılacağını ve hangi malların haklara konu olabileceğini belirlemek yasama (teşri) konusu iken kanunla tarif etmeyen sistemlerde içtihad konusudur. Buna göre İslam Hukuk Sisteminde nelerin mal sayılacağı ve hangi malların haklara konu olabileceği mes'elesinin içtihad mes'elesi olduğu açıktır. Bu itibarla İslam Hukukuna göre her devirde değişen zaman ve gelişen teknik sebebiyle "yararlanma" (intifa) ve "edinme" (temevvul) ye konu olabilecek yeni şeyler içtihad yolu ile hukuki muamelelerin konusu olabilecektir.[75]

Netice olarak diyebiliriz ki mal kavramı tabiî olduğu kadar aynı zamanda hukuki bir kavramdır. Bu kavram tabiî olan ve insanların ihtiyaçlarını gideren şeyleri" ifade eder.[76] Bu şeylerden hangilerinin hukukî muamelelere konu olacağını yani hukuken mal sayılacağını tayin, hukuk düzenine ait bir mes'eledir.[77]

3) Mal Çeşitleri

Görüldüğü gibi İslâm Hukuku eşya ve hakların mal sayılması konusuna sonuna kadar açıktır. Kısaca insanların faydalanma, edinme ve sahip olma

---

74 Velidedeoğlu, H. Veldet, *Türk Medenî Hukuku,* C. I, Cüz I, Umumi Esaslar, İlâveli Yedinci Baskı, İstanbul 1968, s. 256; Mursî M. Kâmil, *el-Mülkiyyetu ve'l-Hukûku'l-Ayniyye, el-Cuz'u'l-Evvel,* Mısır 1352, 1933, s. 10.

Muhtelif hukuk sistemelerine mensup hukukçulara ait tariflerden bazı örnekler:

a) Türk Kanunu Medenisine dayanarak Prof. Dr. Ferit Hakkı Saymen ve Doç. Dr. Kemâl Elbir'in *Türk Eşya Hukuku, Aynî Haklar,* İstanbul 1954, s. 4-5'de yaptığı tarif:

"Mal, para ile kabili takdir olan, devr ve ferağ edilebilen kıymetlerdir".

b) Mısır Medenî Kanununa dayanarak Ord. Prof. Dr. M. Kâmil Mursî'nin Fethi Zağlul Paşa, s. 44 ve Dâlûz el-Emâlî, "Emvâl-Biens" md. fıkra 1'e atfen *el-Mülkiyyetu ve'l Hukûku'l-Ayniyye,* 1933. Mısır, I, 9'da yaptığı tarif:

'İnsana yararlı olan, insanın özel olarak kendine edinebildiği ve haklara konu olan herşey maldır".

c) Irak Medenî Kanunun yaptığı tarif için bkz. ez-Zenûn, H. Ali, *el-Hukûku'l-Ayniyyetu'l-Asliyye,* Bağdad 1954, s. 3.

75 Krş. el-Hafif, Ali, *el-Mülkiyye fi'ş-Şeri'ati'l-İslâmiyye me'a Mukarenetihâ bi'l-Kavânîni'l-Vad'iyye,* Mısır 1969, s. 13.

76 Akipek, Jale G. *Türk Eşya Hukuku,* Birinci Kitap, Ankara 1972, s. 37 vd.

77 Akipek, age. s. 38.

(intifa, temevvül ve temellük) konusu yapabilecekleri bütün eşya ve haklara -müctehidlerin oy birliği ile olmasa da- mal denebilir. Ancak, İslam Hukukunda Kanun Koyucu (= Şâri, Allah ve Rasulü), her malı müslüman için "yararlanmaya elverişli", "edinilip kullanılabilir" veya "işletip gelir elde edilebilir" olarak kabul etmemiştir. Gerçi Kur'an-ı Kerim'de "*Yeryüzünde neler varsa onların hepsini sizin için yarattı*"[78] buyurulmak suretiyle Allah Teala'nın herşeyi "elementleri, bileşikleri, denizleri, karaları, dağları, dereleri, ovaları, sahraları, ormanları, ırmakları, pınarları, madenleri, otları, ağaçları, çiçekleri, meyvaları, hayvanları, kuşları..." hasılı "mâ" ile ifade edilebilen şeylerin hepsini insanlar için, insanların hayatlarında ve mematlarında faydalanmaları için yarattığı, hep bunları, insanı yaratmak ve yarattıktan sonra mutlu yaşatmak için yarattığı, hepsini insanların istifadesine sunduğu ve mubah kıldığı bildirilmektedir. Esas itibariyle bunların hepsinden insanlar için bir yararlanma hakkı, bir yararlanma biçimi vardır. Ancak bu yararlanma biçimi bazısında olumlu (müsbet) bazısında olumsuz (menfi) bir özelliktedir. Genelde herşeyin faydalı olması her birinin her bakımdan ve herkes için faydalı olmasını gerektirmez. Bir kısmında zararlı olma özelliği de olabilir. Bu bakımdan yine Allah'ın ikinci derecede olmak üzere istisna edeceği bazı şeyler vardır. Bu istisna, zararlı (mudırr) şeylerden, bazı haram (muharramât) ve iğrenç (habâ'is) hususlardan bir de insanların birbirlerine göre "kazanılmış hak"ı (hakk-ı müktesebi) olmuş mal ve mülk gibi eşyadan gayri şeylerden yararlanma mubah kılınmıştır. Buna fıkıhta "ibâha-i asliyye" tabir olunur. Bu ibâhanın delili yalnız akıl değil aynı zamanda bu nass'tır. "*Nüfus ve ırz-u nâmustan ma adâ eşyada aslolan ibâhadır. Husûsî bir delil-i hürmet bulunmadıkça ibâha ile amel olunur*" şeklindeki fıkıh kaidesi[79] bu nass'dan alınmıştır. Yalnız akıllara kalsa idi kimi

78 Bakara Suresi (II), 29.

79 Bu fıkıh kaidesi için bkz: Ez-Zerka, M. Ahmet, *el-Fikhu'l-İslâmî fî sevbihi'l-Cedîd, el-Medhalu'l-Fikhî'l-âmm,* Dimeşk (Şam) 1384-1964, Fıkra 689; es-Serahsî, Şemsuddin, Ebû Bekr b. Muhammed b. Ebî Sehl (490/1097), *Kitâbu'l-Mebsût,* (1331 Mısır baskısından tarihsiz ofset) Beyrut, XII, 119; İbn Nuceym, (Zeynuddin), *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* (Hamevî şerhi ile), I, 97; es-Suyûtî Celâluddin Abdurrahman (911/1505), *el-Eşbâh ve'n-Nezâ'ir,* Mısır 1959-1378, I, 60; İbn Abidîn, Muhammed Emin (1252/1836), age. III, 265; el-Buhârî, Abdul'aziz b. Ahmed b. Muhammed (739/1329), *Keşfu'l-Esrâr Alel-Pezdevi,* İstanbul 1308, III, 196; er-Râzî, Muhammed b. Ömer b. Hasan, el-Fahr (606/1210), *et-Tefsîru'l-Kebîr, (Mefâtîhu'l-Ğayb),* Mısır 1937'den tarihsiz ofset, Tahran, II, 154; Hamza, Mahmud Efendi, *el-Fevâ'idu'l-Behiyye fi'l-Kavâidi'l-Fıkhîyye,* Dimeşk

hep mübah; kimi hep haram der, kimisi de şaşırıp kalırdı. Nitekim öyle olmuş ve olmaktadır. Burada şuna dikkat etmek lazım gelir. Bu ibaha insanların hepsi için "eşit" bir şekilde yapılmıştır. İnsanlar insanlar için yaratılmamıştır. Bundan dolayı insanların canları, ırzları birbirine mubah değildir. Hatta bir insanın kendi canında ve ırzında dilediği gibi tasarrufuna izin verilmemiştir. İnsanlar kendileri için değil, Allah'a kulluk için yaratılmışlardır.[80] O halde "insanın kendini öldürmeye, kendini veya ırzını başkasına satmaya hakkı yoktur. Ancak Allah'ın emrine ve hükümlerine uygun olarak meşru nikah hakkına sahiptir. Aksi takdirde günahkar olur. İnsanların amelleri (emek), malları ve milkleri de birbirine karşı nefislerine mülhaktır: Canları ne ise malları da odur. Bunlar da sahiplerinden başkasına haramdır. Ne var ki bizzat kendilerine mübah olduğundan gönül hoşnudluğu (rıza) ile başkalarına bırakabilirler veya verebilirler. Her türlü sözleşme ve mali muameleler bu esas üzerine yürür. Kısaca hayat hakkına, hürriyet hakkına ve namus hakkına hiç bir kimsenin dokunma hakkı yoktur. Bunlar insanın doğrudan doğruya hukukullah olan haklarındandır. Bunlara saldırmak büyük günahlardandır. Akıl ve din de böyledir: Can'da, ırz'da ve namus hususunda, akıl'da ve din'de aslolan "ibaha" değil, "hurmet"tir.[81]

Mubahlardan "istisna" edilen şeyler aşağıdaki ayetlerde sınırlı (hasri, tahdidi, restrictive)[82] ifadelerle bildirilmektedir.

1298, s. 264; Ayrıca Krş. Şafak, Ali, *İslâm Arazi Hukuku ve Tatbîkâtı,* İlk Devirler, İstanbul 1977, s. 56-57.

80 Zâriyât (LI), *56: "Ben İnsanları ve cinleri başka şey için değil, ancak bana ibadet etsinler diye yarattım."*

81 Elmalılı, M. Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili,* İstanbul 1936, I, 288-290; Belirtelim ki "ibaha" konusu çeşitli yönlerden ele alınmaktadır. Bizim tesbit ettiğimize göre konunun üç yönü vardır: 1) Yukarıda üzerinde durduğumuz anlamı, 2) Kişinin kendi malını birine temlik etmesi, mülk olarak vermesi) yerine meselâ bir sebil kurup herkesin serbest istifadesine sunması gibi bir ibahada bulunmasındaki anlamı ki vakıf imaretlerde bir ölçüde bu anlam vardır. (Krş. Berki, Şakir, Vakıflar Dergisi, Ankara 1969, VIII, 6-7; ez-Zerkâ, M. Ahmed, age. I, 302 Fıkra 129) "Herşey herkesindir; hiçbir şey tahsisan hiç kimsenin değildir" anlamı. Tarihteki meşhur ibahacılar bu görüşün temsilcileridir ki mülkiyeti reddederler. Yukarıda üzerinde durduğumuz ayetin (Bakara, 29) tefsirinde Fahruddin Razi, çok kısa bir açıklamada bulunarak "ibahacıların" bu ayete tutunamayacaklarını göstermiştir. Krş. Şafak, Ali, age. s. 56-57

82 Krş. er-Râzî, age. XIII, 218-219.

1- *"O size başka şeyleri değil sadece ölmüş hayvanı (meyte), kanı (dem), domuz etini (lahmu'l - Hinzir), ve bir de Allah'tan başkası adına kesilen hayvanların etlerini haram kıldı. Her kim bir azgınlık ve aşırılık içinde olmaksızın bunlardan yemeye mecbur (muztarr) kalırsa (ve yerse) Allah Gafur ve Rahimdir"*.[83]

2- *"Ey iman edenler! size rızık olarak verdiklerimizin temiz ve hoş olanlarından yiyiniz. Eğer O'na iman edip kulluk edenlerden bulunanlardansanız, Allah'a şükrediniz. (Rabbiniz) size sadece ölmüş hayvanı, kanı, domuz etini bir de Allah'tan başkası adına kesilen hayvanların etlerini haram kıldı"*.[84]

3- *"De ki: Bana vahyedilenler arasında herhangi bir yiyiciye yemesi yasak (haram, muharram) olarak ancak şunlar vardır: ölmüş hayvan, akmış kan (dem-i mesfûh), domuz eti -ki o murdar bir habis (rics)'tir- Bir de Allah'tan başkası adına kesilen (ve böylece) "fısk" hayvanlar*.[85]

4- *"Size ölmüş hayvan, kan, domuz eti, Allah'tan başkası adına kesilen, bir de -henüz canı üstünde iken yetişip kestikleriniz hariç- boğularak (munhanika), dövülerek (mevkûze), düşerek (mütereddiye), süsülerek (natîha) veya canavar tarafından yırtılarak ölen hayvanlar ile dikili taşlar üzerinde kesilen hayvanlar haram kılındı. Fal okları ile kısmet aramanız da.."*.[86]

5- *"Ey insanlar! İçki (hamr), kumar, dikili taşlar ve fal okları... bunlar şeytan işi murdar şeylerdir. Bunlardan sakınınız ki kurtuluşa eresiniz. Şeytan içki ve kumar yolu ile aranıza düşmanlık ve kin sokmak" sizi Allah'ı anmaktan, özellikle namazdan, alıkoymak ister. (Bu zararlarını bildikten sonra) artık bunlardan vazgeçersiniz, değil mi?"*.[87]

Ayrıca insanlara temiz ve hoş şeyleri (tayyibât) helâl; murdar şeyleri (**habâ'is**) haram kılmakla görevli[88] Peygamber Hz. Muhammed (s.a.v.) helal ve haram olan şeyleri bildiren ayetleri tebliğ yanında ayetlerde zikredilmeyip de tabiaten murdar gördüğü mesalâ arslan, köpek gibi yırtıcı hayvanlarda ev-

83 Nahl (XVI), 115.
84 Bakara (II), 172-173.
85 En'am (VI), 145.
86 Mâide (V), 3.
87 Mâide (V), 90-91.
88 A'râf (VII), 157. ayeti Hz. Peygamberin vasıflarını bildirirken şöyle diyor: "Onlara temiz ve hoş şeyleri helâl; murdar ve iğrenç şeyleri haram kılıyor."

cil eşek gibi hayvanların etlerinin haba'isten olduğunu bildirmiş ve haram kılmıştır.[89]

Görüldüğü gibi genelden istisna edilen şeyler: **a)** Ölmüş hayvan, leş (meyte), **b)** Akmış kan (dem mesfuh), **c)** Domuz (hinzir), **d)** Usulünce boğazlanmamış hayvanlar (Allah'tan başkası adına kesilen veya boğularak, öldürülmüş hayvanları etleri, **e)** Şarap (hamr) ve **f)** Temiz olmayan diğer şeyler (heba'is)'den ibarettir.

İstisna edilen bu şeylerden yararlanma (intifa) yasaklanmış oluyor. Mallar, kendilerinden beklenen yarar (menfa'at) sebebiyle edinildiğine göre bunlardan yararlanmayı yasaklayan Kanun Koyucu (Şâri) bu mallara hukuki bir değer tanımıyor demektir.[90]

Nitekim şarabı yasaklayan ayet inince Hz. Peygamber (s.a.v.):

"*Medineliler! Allah şarabın haram kılındığına dair ayeti indirmiştir. Kim bu ayeti yazmışsa (yani bundan haberdar olmuşsa) artık şarabı içmesin, alıp satmasın*" diye buyurmuş ve bunun üzerine herkes şarap küplerini Medine cadde ve sokaklarına devirip dökmüştür.[91]

Bu hadisin Müslim'deki lafzı konuyu daha iyi aydınlatmaktadır:

"*Ebû Sa'idi'l-Hudri anlatıyor: Allah Rasulü hutbe verirken kendim dinledim, şöyle diyordu: "Ey nâs* ! (Gelen ayetler onu gösteriyor ki) *Allah şarap hakkında bir hüküm bildirmek üzeredir.* (Yu'arridu bi'l-Hamr). *Kimin elinde şarabı varsa satsın ve malından faydalanmış olsun*." Ravi Ebû Sa'id devamla: Çok geçmeden Hz. Peygamber'in şu tebligatını duyduk: "*Allah şarabı haram kıldı. Bu ayetten haberdar olanlardan kimin elinde şarap varsa artık onu ne içsin ne de satsın*".[92]

Bir diğer hadiste ise şarabın haram kılındığına dair ayet inince Ebu Talha'nın yetimlerine ait şarap hakkında soru sorduğu; "Hz. Peygamber'in ce-

---

89 el-Hudarî Bek, Muhammed, *Târihu't-Teşri'il-İslâmî,* Mısır 1970, 1390 s. 49. *"Allah'ın Rasûlü yırtıcı canavarlarla pençeli kuşların etlerini yemeyi nehyetti."* (Müslim, Sayd ve Zebâih, 12 ve 16 numaralı hadisler.

90 Krş. Ebu Zehra, age. s. 44-45; el-Kâsânî, *Badâyi',* V. 113.

91 el-Kasânî, *Bedâyî',* V, 113; *Müslim, Musâkât,* 67; *Darimî*, Eşribe, 17; *Tirmizi,* Buyû', 58; *Ebû Dâvud*, Eşribe, 3.

92 *Müslim,* Musâkât, 67.

vaben: "Dök onu" buyurduğu; "Sirke yapamaz mıyız?" sorusuna ise "Hayır!" cevabını verdiği bildirilmektedir.[93]

Maamafih, bu durumda olduğu gibi elinde -şarap gibi- intifa'ı haram kılınmış bir malı olanın onu bazı kayıtlarla değerlendirebileceğine ve mesela şarabı sirkeye tahvil edebileceğine dair hükümler verilmekte ve Ebu Talha'nın yetimlerine ait şarap hakkındaki bu kesin tutumun, yasağın ilk günleri ile ilgili siyasi bir tedbir olduğu kabul edilmektedir.[94] Ne varki şarap kendiliğinden sirkeye dönüştüğü takdirde bundan faydalanabileceği belirtilirken müdahale ile sirkeye dönüştüğünde ondan yararlanmaması ve satıp parasını tasadduk etmesi tavsiye edilmektedir.[95] "*Şarabı haram kılan alım-satımını da haram kıldı*"[96] ve "*Allah ve Rasulü şarabın, ölmüş hayvanın, domuzun ve putların alım - satımını haram kıldı*"[97] mealindeki hadisler, intifa'ı haram kılınan şeylerin hukuki değerlerinin de ortadan kaldırıldığını genel anlamda ve kesin surette açıklamaktadır.

Böylece, ayet inmeden (kanun konmadan) önce içilen, alınan satılan ve her türlü hukuki muamelelere konu edilebilen şeyler -mesela şarap- ayet indikten sonra artık içilemeyecek; alınamayacak; satılamayacaktır. Burada açıkça İslam Hukuku'ndaki "malın hukuki değeri" (takavvim) kavramı ile karşılaşıyoruz.[98]

a) Mütekavvim Mal - Gayri Mütekavvim Mal

İslam Hukukuna göre bir şeyin mal sayılması ile onun mütekavim olması arasındaki ilişkiyi derli toplu ve anlamlı bir şekilde belirten ifadeyi ünlü İslam Hukuk bilgini İbni Nuceym'in *el-Bahr* adlı değerli fıkıh kitabında görüyoruz.

---

93 *Tirmizî,* Buyû', 58; Ahmed b. Hanbel, *Musned,* III, 260.

94 *Kurtubî*, Tefsir, VI, 290 v.d.

95 el-Kâsânî, *Bedâyi',* V. 113.

96 *Müslim,* Musâkât, 68; *Nesâî,* Buyû, 90; *Dârimî,* Eşribe, 9; Ahmed b. Hanbel. *Musned,* I, 230, 244; *Taberânî,* Eşribe 12.

97 *Buharî,* Megâzî, 51, Buyû', 105-113; *Müslim,* Buyû, 93; *İbn Mâce,* Ticâret, 11; Ahmed b. Hanbel, *Musned,* II, 207.

98 Tekavvum, Tekavveme'den masdardır. "Kavveme"nin mutavi'i (dönüşlüsü) bir fiildir. Kavvemtuhu fetekavveme. Kıymetlendirdim, kıymetlendi, demek olur. Bkz. el-Muncid, k-v-m, "tekavveme" md. Bu ifadeyi kanun koyucu için söylersek: *"Kavvvemehu'ş-Şâriu fetekavveme"*. Kanun koyucu ona değer verdi, o da kıymetlendi demek olur.

"*el-Keşfu'l-Kebir'de* şöyle deniliyor: "*Bir şeyin hukuken (şer'an) mal sayılması için o şey insanlar tarafından mal edinilegelir (temevvul edilegelir) olmalıdır. Bu husus, malın mütekavvim olmasının da ilk şartıdır. Malın mütekavvim olmasının ikinci şartı hukukan (şer'an) intifa'ı mubah olmaktır. Bir şey ki şer'an mubahtır ama insanlar onu adeten mal edinmemektedir; ona mal denmez: Buğday veya pirinç tanesi gibi.*[99] *Buna karşılık bir şey ki şer'an intifa'ı mubah değildir; o şey de mütekavvim olmaz: Şarap ve domuz gibi. Bir şey ki bu vasıflardan hiçbirisini taşımıyorsa o şey ne maldır ne de mütekavvim: Kan gibi*".[100] İzah edelim:

Bilindiği gibi kainattaki şeylerin tabii, iktisadi veya hukuki değerleri vardır:

a) Güneşin serbest ışık, ışın ve ısısı, serbest hava, kaynağındaki su; kullanılmaya ve yararlanmaya hazır serbest madenler ve kendiliğinden bitmiş bitkiler... tabii olarak değerlidir. Değer (kıymet), eşyanın insana sağladığı yarar (menfaat) ile ilgili olduğundan[101] bu hazır tabii (ilahi) nimetler aynı zamanda çok değerlidir. Bunlar, yararlanmaya hazır, yani insan el ve emeği katılmadan mevcut, bütün insanlara yetecek kadar bol olduğu için -şimdilik-[102] "Üretime", "dağıtıma" ve dolayısıyla "hukuka ve iktisada" konu olmuyorlar: Onun için bunlara bir iktisadi değer biçilmez.[103]

b) Denizdeki balık, ormandaki yabani hayvanlar, havadaki kuş ve benzeri av hayvanları; zeytin, üzüm, çayır, haşhaş ve benzeri kendiliğinden biten ağaç ve otlar gibi edinmeye dolayısıyla üretime ve dağıtıma konu olan şeyler (mubahat), elde edilmeden önce tabii olarak, elde edildikten sonra ise hem tabii hem iktisadi olarak değerlidir. Açıktır ki bu iktisadi değer 1) Elde etmek için harcanan emek ile 2) Elde edildikten sonra deri ve yünün, giyim eşyası haline getirilmesi gibi çeşitli yararlanma biçimlerine elverişli duruma getirmek üzere yapılan "katkı" ve harcanan "emek"ten doğmaktadır. Buna göre av

99 Şüphesiz bu buğday ve pirinç tanesinin buğday ve pirinç olarak yararlanma konusu yapılması söz konusu olduğu zaman böyledir. Fakat bir sanatkâr tarafından üzerine yazı -meselâ bir sûre veya âyet- yazılmış tanenin üzerindeki yazıdan dolayı değeri olur ve o değerden dolayı da mütekavvim mal olabilir.

100 Ebû Zehra, age. s. 45; İbn Nuceym, *Bahr,* V, 277.

101 Ebû Zehra, age. s. 44-45; Kâsânî, *Bedâyi,* V. 113

102 Şimdilik diyoruz. Çünkü tabiidir ki gelecekte bu maddeler de ihraze -meselâ sıvılaştırılmış gazların tüpe depolanması gibi- dolayısıyla üretime ve dağıtıma konu olursa, hüküm değişir. Krş. s.21-22.

103 Krş. Sakr, M. Ahmed, *el-İktisâdu'l-İslâmî,* (Tebliğ), 21-26/2/1976 Riyad, s. 5.

hayvanlarının bir kırda havada denizde, sahipsiz halde iken tabii değeri vardır; çünkü bunlar etleri sütleri, derileri, yünleri ve güçleri ile yaradılıştan insanlara faydalı durumdadır, bir de avlanmak ve evcilleştirilmek suretiyle ele geçirildikten sonra tabii değerlerine ek olarak kazandığı iktisadi değeri vardır. O halde bir şeyin iktisadi değeri hem tabii değerinden hem de üretimine harcanan emekten doğmaktadır.[104]

c) İkinci kategorideki şeylerden bazılarından yararlanmayı hukuk düzeni sınırlandırmış olabilir. Çünkü "hangi şeylerin haklara konu olabileceğini belirlemek hukuk düzenine ait bir iştir".[105] Buna göre hukuk düzeninin haklara konu olabileceğini belirlediği şeyler "tabiî" ve "iktisâdî" değerine ilaveten aynı zamanda "hukuki" olarak değerlidir. Yukarıda (s. 25-26) gördüğümüz gibi İslam hukuk düzeninde genellikle eşyanın haklara konu olması kaide; bazı şeylerin haklara konu olmaması istisna olduğundan İslam Hukuk düzeninin yararlanılmasını yasakladığı şeyler hariç diğer şeylerden tabii ve iktisadi olarak değerli olanlar hukuki olarak da değerlidir. İşte İslam Hukukunda bu mallara "mütekavvim mal" denir.[106] Buna göre:

a) Bir şey insanlar tarafından -normal şartlar altında- yararlanma konusu yapılmıyorsa, o şeyin tabii değeri yoktur: Laşe (meyte) gibi. Böyle şeylere "mal" denmez.[107]

b) Bir şeyin tabii değeri var ve fakat bir insan tarafından elde edilmemişse -av hayvanları ve benzeri sahipsiz mubah mallar gibi- yahut hukuk düzeni o şeyden yararlanmayı (intifa) yasaklamışsa -domuz eti ve şarap gibi- o şeyin hukuki değeri yoktur. Hukuki değeri olmayan mallara mütekavvim olmayan mal (mal-i gayr-i mütekavvim) denir.[108]

---

104 Krş. İktisatta emek-değer teorileri.

105 Akipek, Jale G, age. s. 37-38; Râzi, Tefsir, age. XIII, 219.

106 Krş. Ebû Zehra, age. s. 45; "Mütekavvim, vav'ın kesri ile takavvumdan ism-i fâil olup zîkıymet (kıymetli, değerli) demektir. Ali Haydar, *Şerh-i Mecelle,* Md. 127 şerhi.

107 *Mecelle,* md. 210: "Beynennas mal olmayan şeyi satmak, yahut onunla bir mal satın almak batıldır. Meselâ lâşeyi ve hür olan beni ademi satmak veyahut onların mukabilinde bir mal iştira etmek batıldır."

108 *Mecelle* md. 127: "Mal-i mütekavvim iki manaya istimal olunur. Biri intifa'ı mubah olan şeydir. Diğer mal-i muhrez demektir. Meselâ, Denizde iken balık gayri mütekavvim olup istiyad ile ihrâz olundukta mâl-i mütekavvim olur." Krş. Ebû Zehra, age. s. 44.

Gayri mütekavvim mal, haklara konu olmaz. Bunlara ait mülkiyet korunmaz. Gasb veya telef edilse damân (tazmin) gerekmez.

Bu itibarla müslümanın şarap veya domuza ait mülkiyeti korunmaz. Bir müslüman bir müslümana ait şarap veya domuzu telef etse tazmin gerekmez. Müslümanın bu mallara ait alım-satım akdi sahih olmaz; hukukan korunmaz.[109]

İntifa'ı Kur'an'la yasaklanan malların gayri mütekavvim sayılması müslümanlar, başka bir ifade ile Kur'ân'a inananlar hakkındadır. Gayri müslimler hakkında hüküm değişir. Müslümanlar hesabına gayri mütekavvim olan bu mallar şayet gayri müslimlerin kendi aralarında hukuki muamelelere konu yapageldikleri ve diyanetlerince haram olmayan cinsten mallar ise bu durumda müslümanlar onların bu telakkilerine saygı göstermek durumundadır. Zira müslümanlar, onları dini inanç ve telakkileri ile baş-başa bırakmak, onların dini inanç ve telakkilerine müdahale etmemekle memurdur: "*umirna bi terkihim ve mâ yedînûn*" (Biz onları, diyanetlerinde serbest bırakmakla emrolunduk).[110]

---

109 Ebû Zehra, age. s. 44-45; Serahsî, *Mebsût,* XI, 78-102; XII, 194-195; Kâsânî, *Bedâyi',* V, 113; Şafiî, *el-Ümm,* IV, 212; *Mu'cemu'l-Fıkhi'I-Hanbelî,* s. 312 "hamr" md; *Mu'cemu Fıkhı İbni Hazm,* s. 328, "zımmî" md.

Konu ile ilgili bazı Mecelle Maddeleri: "Mütekavvim olmayan malı satmak batıldır" (211); "Mütekavvim olmayan mal ile bir mal satın almak fasiddir" (212); "Bey'i batıl asla hüküm ifade etmez" (370); "Bey-i fâsid inde'l-kabz hüküm ifade eder" (371); "Mebi' satılan şey ki bey'de taayyün eden ayndır ve bey'den maksudi aslî odur. Zira intifa ancak a'yân ile olup semen mübadele-i emvale vesiledir" (151); "Semen satılan şeyin parasıdır ki zimmete taalluk eden şeydir" (152).

Hükümler:

Bir alım-satım akdinde gayri mütekavvim mal mebi' olarak taayyün ederse, bu alım-satım akdi batıl; mebi olarak taayyün etmez de semen olarak taayyün ederse bu alım-satım akdi fasid olur. Batıl alım-satım akdi hiçbir hüküm ifade etmez. Fasit alım-satım akdi "kabz" (tesellüm) ile mülkiyet geçirir. Fasit alım-satım akdini taraflar bozma (fesh) hakkına sahiptir. Krş. Ebû Zehra, age. s. 46; Mecelle, yukarıdaki maddeler; *Mecma'u'l-Enhur, Şerhu Multeka'l-Ebhur* (Dâmad), II, 65; İbnu'l-Humam, *Fethu'l-Kadir,* VI, 404.

110 Cizye âyetine (Tevbe, 29) dayanan ve Hz. Peygamber (s.a.v.)'in talimat ve uygulamaları ile kanunlaşan zımmîlerle ilgili iki önemli prensip vardır. Birincisi *"umirnâ bi terkihim ve mâ yedînûn"*. Yani Biz onları dinî inanç ve telakkîleri ile başbaşa bırakmakla emrolunduk. İkincisi *"Lehum mâ lenâ ve 'aleyhim mâ 'aleynâ"* yani haklarımız hakları; vazifelerimiz vazifeleridir, prensibidir.

Gayrimüslimler bu mallardan yararlanma hususunda itikadlarınca, dini bir engelle karşılaşmadıklarına göre onların bu telakkilerine müslümanların saygı göstermesi gerekir.[111] Buna göre bir müslüman veya zimmi, zimmiye ait şarap veya domuzu telef ederse, telef ettiği şeyin bedelini ödemesi (damân) gerekir. İş mahkemeye intikal ederse, mahkeme tazminle hükmeder.[112] Gayrimüslimlerin bu gibi mallara ait alım-satım akdi gibi hukuki muameleleri sa-

---

Bunlardan ilki inaç hürriyetini, İkincisi hukukta eşitliği yansıtan bu prensiplerin bütün fıkıh mezheplerince bu şekilde anlaşıp benimsemiş bulunduğuna dair bkz. Serahsi, *Mebsut,* XI. 102; Şafi'i *el-Ümm,* IV, 198-205; *Muhtasar*, (el-Ümm'un sonunda ve devamında, VIII, 162; *Mu'cemu'l-Fıkhi'l-Hanbelî,* s. 101, "ehlu'z-Zimme" maddesi; Ayrıca bkz. Ebû Zehra, age. s. 46; Tuğ, Salih, *İslâm Vergi Hukukunun Ortaya Çıkışı,* s. 97; Hamidullah, Muhammed, *Mecmû'atu'l-vesâiki's-Siyâsiyye,* Vesîka no. 59. Cizyeyi kabulün dünyevî hükümler bakımından İslâm'ı kabul yerine geçtiğine dair bkz. Serahsî *Mebsût,* X, 7, *Serahsî Şerhu's-Siyer,* I, 133. Cizyeyi kabul edenler hakkında Hazreti Peygamber (s.a.v.)'in vaz'ettiği *"...fekuffe 'anhum"*... onlardan elini çek; *"...yucrâ 'aleyhim ellezî yucrâ 'ale'l- müslimin"*... müslümanlara uygulanan hükümler onlara da uygulanır; *"Ve lâ yuftenû 'an dinihim"*... ve dinlerine ilişmemek üzere; *"lehû mâ lenâ ve 'aleyhi mâ 'aleynâ"* haklarımız hakkı; vazifelerimiz vazifesi olmak üzere gibi prensipler için bkz. *Müslim,* Cihad, 2; *Tirmizî,* Diyât, 14, *Siyer,* 1, 47; İbn Mâce, Cihâd, 38; Ahmed b. Hanbel, *Musned,* 1, 300; Taberî, *Tarih,* s. 1600; Ebû 'Ubeyd, *el-Emvâl,* no. 503, s. 244; Ebû Yûsuf, *el-Harâc,* s. 77 vd.

111 Hemen işaret edelim ki istisnâ edilen şeyler (bkz. s. 23-26), tekavvum açısından üç kısımda mütalaa edilir:

a) Alelıtlak insanlar, özellikle herhangi bir dine mensup insanlar tarafından, normal şartlar altında, edinme ve yararlanma konusu yapılmadığı için "mal'' sayılmayan, dolayısıyla tekavvumundan söz edilemeyecek şeyler: Meyte ve kan gibi.

b) Alelıtlak insanlar özellikle herhangi bir dine mensup olanlar tarafından normal şartlar altında edinme ve yararlanma konusu yapılanlar: Domuz ve şarap gibi.

c) Alelıtlak insanlar, özellikle herhangi bir dine mensup olanlar tarafından edinme ve yararlanma konusu yapılıp yapılmadığı kesin olarak belli olmayanlar: Usulünce boğazlanmamış hayvanlar; boğularak, yuvarlanarak, ölmüş hayvanlar gibi.

Bunlardan;

"a" grubuna girenler, ne müslüman ne gayrimüslim haklarında ne mal ne de mütekavvim kabul edilir.

"b" grubuna girenler, bunları mubah itikad eden gayrimüslimler hakkında mütekavvim mal kabul edilir.

"c" grubuna girenler hakkında ise ihtilâf vardır. Kanun koyucu bunları mütekavvim kabul etme veya etmeme konusunda bir tecih yapabilir. Bkz. Kâsânî, *Bedâyi,* V, 140-143; İbnu'l-Humâm, *Feth,* VI, 403.

112 Hemen kaydedelim ki bu görüş daha çok Hanefî görüşüdür. Hareket noktaları "hukukta eşitlik" (Lehum mâ lenâ ve'aleyhim mâ 'aleynâ) ilkesi (bkz. not 111) olan diğer mezhep-

hih olup hukukan korunur. Nitekim Hz. Ömer valilerle yaptığı bir toplantıda: "*Beyler aldığım bilgiye göre, zimmilerin cizye borçlarına karşılık şarap ve domuz kabul ediyormuşsunuz*" diye sormuş, toplantıda hazır bulunanlardan Bilâl, "*Evet öyle yapıyorlar*" diye doğrulayınca, "*Hayır böyle yapmayınız, fakat bu mallarını sahiplerine sattırınız ve borçlarını parasından tahsil ediniz*" emrini vermiştir.[113]

Yine Hz. Ömer kamu yararını o yolda gördüğü için imha edilmesini emrettiği domuzların bedellerini, gayrimüslim sahiplerinin cizye borçlarından düşülmesi talimatını vermiştir.[114]

---

ler bu konuda farklı görüştedir. Farklı görüşlerin en belirgin olan Şafiî görüşü özetle şöyledir:

"Bir kimse zimmî (=gayrimüslim vatandaş)a ait şarap ve domuz gibi -haram- bir malı gasb veya telef etse, vaki saldırıyı men' ile mütecavizi tecziye ederiz. Fakat meydana gelen zararı tazminle hükmetmeyiz. Zira bu mallar haramdır ve harama bedel ödenmez. Müslümana ait olduğunda telef edilmesi halinde tazmin ettirilmeyen bu malları, gayrimüslimler hesabına tazmin ettiremeyiz, çünkü onlar ancak müslümanların sahip oldukları haklara sahiptir. *(el-Ümm,* IV, 208).

İmam Şafiî, nasıl olur da mülkiyet haklarını tanıdığını bu mallara verilen zararı, misliyle değilse bile kıymetiyle olsun tazmin ettirmezsin? şeklindeki itiraza: "Allah bana aralarında Allah'ın indirdikleri ile hükmetmemi emrediyor, (Mâide, 48-49'u kastediyor), halbuki ne Allah'ın indirdiklerinde ne Hz. Peygamberin sünnetinde ne de müslümanların (ashabı kasdediyor) uygulamalarında harama paha biçileceğine dair bir hüküm mevcut değildir." tarzında cevap veriyor. (*el-Ümm*, IV. 208). Oysa Hanefîler: "Dinî inanç ve kanaat hürriyeti" ilkesinden hareketle (bkz. not 111) şarap, şeriatimizden önceki şerîatlerde ve şerîatımızın da ilk devirlerinde mubah, dolayısıyla mütekavvim idi. Sonradan Kur'an-ı Kerîm bunlardan intifa'ı yasakladı ve dolayısıyla tekavvumunu kaldırdı. Onlar kendi şerîatlarından sonra gelmiş bulunan şeriatımızın kitabına (Kur'an'a) inanmış olsalar, zaten mes'ele kalmazdı. İnanmadıklarına göre onlar bu gibi malları tıpkı bizim su ve koyunu mubah saymamız gibi mubah saymaktadır. Onların bu nevi mallarına ait hak ve mülkiyetlerine saygı göstermemek suretiyle onları bu mallarından yararlanmamaya zorlarsak, kendi inançlarımız yönünde bir davranışa zorlamış, diyanetleri ile başbaşa bırakmamış oluruz. Bunun ise ne dinî kaidelerde ne de hukuk nazariyatında yeri yoktur." diyor ve görüşlerini Hz. Ömer'in yukarıda metinde gördüğümüz uygulamaları ile te'yid ediyorlar. Krş. Ebû Zehra, age. s. 46; Serahsî, *Mebsût,* XI, 102; Buhârî, *Keşfu'l-Pezdevî,* IV, 331. Biz tercih edip benimsediğimiz bu görüşü metin yaparak ihtilafa dipnotta temas etmiş olduk.

113 Ebû Zehra, age. s. 46; Ebû Yûsuf, *el-Harâc,* Mısır 1396. s. 132-144; Beyhakî *Kitâbu'l-Cizye,* 205-206.

114 Ebû Zehra, age. s. 46; Ebû Yûsuf *el-Harâc,* s. 132-144; Beyhâkî, K. *el-Cizye,* IX, 205-206; Ebû Ubeyde, *el-Emvâl,* no. 265.

Hz. Ömer'in bu uygulamaları, iki hukuki hususu ortaya koyar:

1- Müslüman, şarap gibi haram bir malı iradeli olarak mülkiyetine geçiremez.[115]

2- Gayrimüslimlerin bu nevi malları alıp satmaları caizdir. Yani onların bu mallarına ait hak ve mülkiyetleri -dünyevi hükümler bakımından- muhteremdir.[116]

Esasen Hz. Peygamber (s.a.v.) zimmet akdi ile ilgili düzenlemelerde, "zimmilerin diyanetlerine ilişilmeyeceğini" (*ve la yuftenû ân dinihim*) belirtip[117] haramlardan sadece -onların şeriatlerinde de mubah olmayan- "riba" ve "zinâ"yı akdi bozma sebebi olarak zikr[118] ve telakki[119] ettiği halde onların şeriatlerinde haram olmayan şarap ve domuz gibi haramlarla ilgili istisnâî bir hüküm koymamaşıtır.[120]

Malın hukukû değeri (tekavvum) ile ilgili bu hukukû düzenlemenin bir dereceye kadar benzerini[121] modern kanunlarda da görüyoruz.

Bilindiği gibi ceza kanunları bazı malları edinmeyi veya bulundurmayı yasaklamakta, bunları kanunda belirtilen istisnalar dışında bulundurmayı suç saymaktadır. Bu sebeple de kanunun izni olmaksızın elde eden veya

---

115 Krş. Ebû Zehra, age. s. 46; Merhum üstad Ebû Zehra Hz. Ömer'in uygulamaları ile ilgili bu haberlerden, haram olan bir şeyi müslüman kişinin mülkiyetine geçiremeyeceği hükmünü çıkarmakta ise de bunu "iradesi ile" diye kayıtlamak uygun olur. Zira haram olan bu gibi malların miras gibi iradeye bağlı olmayan bir yolla müslümanın mülkiyetine geçmesi söz konusudur. Krş. Kâsânî, *Bedâyî,* V, 113; *Mu'cemu Fıkhi'l-Hanbelî,* "Gasb" md. s. 738.

116 Ebû Zehra, age. s. 46

117 Krş. dipnot 111.

118 *Ebû Dâvud,* İmâre, 30: *"Mâ lem yuhdisû hadesen ev ye'kulû'r-Ribâ."*

119 *Beyhakî*, IX, 200: *"Co'ale zâlike nakden minhum li'l-'ahdi."*

120 Krş. dipnot 111 ve 112.

121 Bir dereceye kadar benzerini diyoruz, zira tamamen benzememektedir. Bilindiği gibi uyuşturucu maddelerle ilgili kanunî düzenleme bu maddenin kamu denetimi dışında üretim veya edinilmesini yasaklamakta ve o takdirde dokunulmazlığı kaldırılmaktadır. Fakat mutlak manada hukukî değerini (tekavvum) kaldırmamaktadır. Buna mukabil İslâm Hukuku, intifa'ını yasakladığı bu malların hukukî değerini -çaresizlik hali hariç- mutlak olarak kaldırmakta, sadece kişilere tanıdığı inanç hürriyeti sebebiyle, istisnâ'î bir hüküm olmak üzere, müslüman olmayanlar hakkında, kendi itikadlarında haram değilse, hukuki değerini var kabul etmektedir. Krş. Ebû Zehra, age. s. 48.

bulunduran kimsenin bu mallara ait zilyedliği korunmamakta, bu durumda iken bu malları telef eden tazminle cezalandırılmamaktadır. Modern ceza kanunlarındaki bu nevi düzenlemeleri, İslam Hukukundaki malın tekavvumu kavramı ile mukayese etmek mümkündür. Kanunun koyduğu istisnaî durumlar dışında bu malları elde eden kimsenin zilyedliğini korumayan, hatta bulunduranı cezalandıran ceza kanunu, bir bakıma bu malların hukuki değerlerini kaldırmış oluyor. Bu itibarla arada fark olsa da İslam Hukukundaki gayri mütekavvim mal ile modern kanunların bazı istisnalar dışında, edinilmesini yasakladığı mallar arasında benzetme yaparak, kanunun tanıdığı istisnalar dışında olarak elde bulundurulan bu yasak mallara gayri mütekavvim mal demek mümkündür. Yani İslam Hukukuna göre müslümanın elindeki şaraba gayri mütekavvim mal denildiği gibi ceza kanunlarına göre kanunun müsaadesi dışında olarak elde bulundurulan afyon ve benzeri uyuşturucu maddelere de gayri mütekavvim mal denilebilir.[122]

Malın takavvumu bahsini tamamlamadan önce belirtelim ki İslâm Hukukunda malın takavvumu sadece "intifa'ının" şer'an mubah olması (*ibâhatu'l intifâ*) şartına bağlı değildir. Bir malın mütekavvim olmasının -tariflerinde gördüğümüz gibi- iki unsuru vardır. Bunlardan birincisi örfi, İkincisi şer'î unsurdur. Şer'î unsur olan intifa'ının mubah olması mes'elesini yukarıdan beri gördük. Örfî unsur ise "ihrâz" dır. Yani sudaki balık, havadaki kuş gibi mubah (sahipsiz) mallar avlanıp el altına alınmak (ihraz) ile mütekavvim olur. Bu mallar avlanmadan önce gayri mütekavvimdir. Zira Hz. Peygamber (s.a.v.) kişiyi yanında (mülkiyetinde) bulunmayan şeyi satmaktan nehyetmiştir.[123]

---

122 Krş. Ebû Zehra, age. s. 48.

123 "Mal-i mütekavvim iki manaya istimal olunur: Biri intifa'ı mubah şeydir, diğeri mal-ı mahrez demektir". (*Mecelle* md. 127) diyen Mecelle, takavvumu, biri ihraz, diğeri *"ibâhatu'l-intifâ"* olmak üzere iki temele dayandırmaktadır. Ebû Zehra'nın dediği gibi Mecelle bu tarifinde "Telvîh"a uymuştur. Telvih ise bu iki unsûrdan ihraza "örfî" intifa'ın mubah olması unsuruna ise "şer'i" unsur adını vermektedir. (Bkz. Taftâzânî, *Telvih,* II, 325). Zamanımız ünlü İslâm Hukukçularından merhum Prof. Ebû Zehra, İslâm Hukukunda kanun koyucunun (şarî) bu mallardan yararlanmayı mubah kıldığından ve bunları ele geçirenin bunlara ait mülkiyeti koruduğundan bahisle "bana göre sahipsiz (mubah) mallar mütekavvim sayılabilir" diyor. Bu malların alım-satım gibi hukûkî muamelelere ve telef edilmesi halinde tazmin'e konu olmamasını ise "belirli sahiplerinin bulunmaması" ile izah etmekte, gayri mütekavvim mal diye ancak kanun koyucunun mülkiyetini tanıyıp korumadığı mallara denebileceğini savunmaktadır. Bkz. a.g.e. s. 47. Aynı

b) Mislî Mal - Kıymî Mal

İslam Hukukunda malın bir de mislî - kıymî ayrımı vardır. Alışverişte prensip itibariyle sayma veya tartma veyahut ölçme ile muayyen hale gelen şeyler, mislî mallardandır. Bunların "birim" ölçekleri arasında, normal olarak bir değer (kıymet) farkı bulunmadığından, bu mallardan birini yerini aynı cinsten bir diğeri alabilir. Yerini alan bu mal ötekinin aynı veya bedeli değil, muadili (misli)'dir.[124]

Eşyanın objektif vasıflarına bağlı olan bu kavram[125] temelde eşyanın tabiatından gelmektedir.[126] Mecelle, "mislî" eşyayı, "Çarşı ve pazarda mu'taddun

---

görüşü zamanımızın ünlü İslâm Hukukçularından Prof. Dr. Mustafa Ahmed ez. Zerkâ, *el-Fikhu'l-İslâmî fî sevbihi'l-Cedid, el-Medhalu'l-fıkhî'l-'âmm,* madde 338 I, 717-718'de paylaşmaktadır. Bu iki muhterem üstadın malın takavvumunu sadece "intifa'nın mubah olması" (ibâhat el-İntifâ') temeline dayandırmak istemeleri, kanaatimizce isabetli değildir. Zira bizzat kendilerinin de itiraf ettikleri gibi sahipsiz mallar, o halde bulundukları müddetçe hiçbir hukukî muameleye konu olamamakta, dolayısıyla bunlara "mütekavvim" demenin pratik hiçbir anlamı kalmamaktadır. "Kanun koyucu bunları ele geçirene mülkiyet hakkı tanıdığına göre..." demek; bunlar, ihraz şartı ile şeran mütekavvim olur, demekle, yani "ihrazı, takavvumun şartı olarak kabul" ile aynıdır. Kaldı ki ihraz, sadece içtihâdi ve mücerred örfi bir unsur değil; kaynağını kanun koyucudan alan bir unsurdur. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v.): *"Elinde mevcut olmayan şeyi satmak helal olmaz".* buyurmuş veya *"böyle bir şeyi satmaktan men'etmiştir".* (Bkz. *Buharî,* Büyü', 55; *Ebû Dâvud,* Talak, 7; *Tirmizî,* Buyu', 19; *Nesâî,* Büyü', 60, 72); Serahsî *Mebsût*'unda (XI, 53) "Mal ihraz ile mütekavvim olur, "diyor. XII, 126'da: "Hadiste geçen "elinde mevcut olmayan" ifadesinden maksat, *bil'icmâ'* mülkiyetinde olmayan şey'dir. Zira mülkiyetinde olan bir şeyi yanında bulunmasa da -müşteri onu evvelce görmüşse- satması ittifakla caizdir. Fakat mülkiyetinde olmayan şeyi -yanında ve elinde mevcut olsa da- satamaz." diyor. XII, 118-119'da: Kıymet "hirz" ile (ihraz) bilinir. Ve kıymet (takavvum) sebebi olur." demektedir. Görüldüğü gibi bizzat Hz Peygamber (s.a.v.) "haram şeyin satışını yasakladığı gibi (bkz. Yukarıda s.27 v.d.) "mülkiyetinde olmayan şeyin satışını da" yani ihraz edilmemiş bir malın satışını da yasaklamıştır. Bu yasaktan muayyen bir malı değil de ileride elde edilebilecek bir malın peşin para ile alım-satımı anlamındaki "selem" istisna edilmiş, insanların böyle alış-verişe olan ihtiyaçlarından dolayı selem akdine izin vermiştir. (Bkz. Serahsî, *Mebsût,* XII, 125) O halde ihraz, İslâm Hukukuna göre tekavvumun bir unsuru kabul edilmelidir. Mecelle'nin, bu yoldaki düzenlemesi İslâm Hukukuna uygun bir düzenlemedir. Ayrıca bkz. İbn. Abidîn, *Reddu'l-Muhtâr,* IV, 146-147.

124 Ebû Zehra, a.g.e. S. 51; Oğuzman-Seliçi, age. s. 12; Seviğ, Vasfi Raşid, *Roma'nın Hususi Hukukunun İnstitütionları,* Ankara 1937, s. 155.

125 Rado, Türkân, *Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku),* İstanbul 1969, s. 14; Serahsi, *Mebsût,* XII, 118.

126 Krş. Oğuzman - Seliçi, age. s. 12; Rado, age. s. 14 ve Seviğ, age. s. 151.

bih yani pahanın ihtilafını mucip bir tefavütsüz misli bulunan şeydir" diye tarif eder (md. 145). 1119 uncu maddede ise "Mekîlat[127] ve mevzunat[128] ile ceviz ve yumurta gibi adediyatı mütakaribe[129] hep misliyattandır" der. Kadri Paşa da[130] mislî malı: Aralarında önemsenecek derecede bir kıymet farkı olmaksızın piyasada misli bulunan şeydir. Birimleri (efrâd) arasında kıymet farkı bulunmayan birbirine yakın büyüklükteki şeyler (adediyatı mütekaribe) de misliyattandır'' diye tarif ediyor.

Gerek Türk Medeni Kanunu gerekse Borçlar Kanununun birçok maddelerinde mislî eşyadan bahsedeldiği halde bu eşya tarif olunmayıp malum farzedilmiştir.[131]

Doktrinde umumiyetle kabul edilen Alman Medenî Kanununun yaptığı tarif, İslam Hukukçularının tarifleri ile ayniyet arzetmektedir: "Mislî eşya, ticarette mikdarı sayı, ölçü veya tartı ile tayin olunan menkul şeylerdir".[132]

Buna mukabil öyle bazı şeyler de vardır ki bunlardan aynı cins ve miktarda olanlar her zaman kıymetçe denk olmaz. "Okka her yerde dörtyüz dirhem" darbı meselinde olduğu gibi bir gram külçe altın[133] daima bir gram külçe altına muadil (misl) dir ama bir elmas diğerinin, bir inci tanesi diğerinin muadili (misli) değildir. Elmastan elmasa, inciden inciye fark vardır.[134]

İşte böyle cins ve miktar gibi niteliklerinin belirlenmesi kıymetçe denk olmaları için yeterli olmayan şeylere - bunlar cins ve miktar olarak muadilleri

---

127 Bir hacim birimi (keyl, kile, litre v.s.) ile ölçlülen şeyler.

128 Bir ağırlık (kilo, okka v.s.) birimi ile tartılan şeyler.

129 Ticaret erbabının, bireyleri arasında fark gözetmedikleri ve sayma ile alınıp satılan şeyler.

130 Ebû Zehra, age. s. 51-52: Kadri Paşa, *Murşidu'l-Hayrân,* md. 305'e atfen. Kadri Paşa, Mısır'da Mecelleye benzer bir Medenî Kanun yazarı müelliftir. Yazdığı eser *Murşidu'l-Hayran'dır.*

131 Velidedeoğlu, age. s. 258.

132 Velidedeoğlu, age. s. 258.

133 Altını külçe ile kayıtlamamızın sebebi, işlenmiş sanat değerli altının aynı ağırlıktaki külçe altından malî değer olarak daha pahalı olacağı içindir. Maamafih, altın altınla değiştirilecekse ağırlığından başka hiçbir vasfına itibar edilemez. Zira altın bir "ribâ" malıdır.

134 *Kâsânî, Bedâyi',* V. 200.

ile değil de belirli maddi varlıkları (‘ayn) veya malî değer olarak muadilleri ile hukuki muamelelere konu olacağından - “kıymî” mal diyoruz.[135]

Mecelle kıymî malı “Çarşı ve pazarda misli bulunmayan, yahut *bulunursa da fiatça mütefavit olan şey*” (md. 146) olarak tarif eder. Aynı tarifi Kadri Paşa’nın *Murşîdu’l-Hayrân*’ında görüyoruz.[136]

Mecelle’nin 119’uncu maddesi ise “*Hayvanat ile kavun karpuz gibi efradı beyninde kıymetçe tefavüt bulunan adediyatı mütefavite*[137] *kıymiyattandır: Yazma kitaplar kıymî, basma kitaplar mislîdir*” der.

Bu tarifler karşısında bazı eşya özellik arzedecektir. Mesela bir uzunluk birimi ile ölçülmeye, dolayısıyla nitelikleri cins ve miktar olarak belirlenmeye elverişli olduğu için piyasada muadili (misl) bulunan mensucat gibi eşya mislî mi kıymî mi sayılacaktır? Bu tariflere bakılırsa mislî sayılacaktır; çünkü piyasada muadilini bulmak mümkündür; ve esasen cins ve miktar olarak nitelikleri belirtilerek hukukan muayyen hale gelebildiğinden selem akdine de konu olabilmektedir.[138] Ancak miktarı aynı da olsa aynı cins kumaşın “parça” ve “bütün” olarak değeri büyük ölçüde farklılık göstereceğinden.[139] İslam hukukçuları bu nevi malları mislî değil, kıymî kabul etmektedir.[140] Ne var ki İslam Hukukçularının, dokumaların el tezgahlarında, dikişlerin elde yapıldığı devirde benimsediği bu görüş, dokuma sanayiinde standardizasyona, dikişte büyük ölçüde konfeksiyona gidildiği zamanımızda, dokuma mallarının ve konfeksiyon elbisenin mislî mallardan sayılmasında bir sakınca görülmemektedir.[141]

---

135 Kıymet k-v-m kökünden gelmektedir. Bir şeyin kıymeti demek o şeyin yerini (mekam) tutan şey demektir. Bu itibarla bir şeyin yerini tutan malî değerine kıymet denmektedir: Kâsâni, *Bedâyi’,* V, 233.

136 Bkz. Ebû Zehra, age. s. 52.

137 “Ahad ve efradı beyninde kıymetçe tefavüt bulunan madûdattır ki hepsi kıymiyattandır.” *Mecelle* md. 148.

138 Kâsânî, *Bedâyî’,* V. 208-209.

139 Bilindiği gibi bütün bir üç metrelik kumaş ikiye veya üçe bölünmüş başka bir üç metre kumaştan değer olarak farklıdır. Başka bir ifade ile bir metrelik kumaşın üç metre içindeki değeri ile bir metre halindeki parça değeri birbirinden farklıdır.

140 Kâsânî, *Bedâyi’,* V. 208-209; İbnu’l-Humâm, *Feth,* VII, 73-74; Babertî, Ekmeluddin M. b. Mahmud, *Şerhu’l-İnâye Ale’l-Hidâye,* VII, 73; Ebû Zehra, a.g.e. s. 52.

141 Ebû Zehra, age. s. 52-54; *Mir’at-ı Mecelle,* 1119. madde şerhinde, s. 404-406, *Tenkîhu’l-Hamîdî fi’l-Gasb’a* atfen: “Bunun gerektirdiği (muktaza) şudur: Birim ölçekleri arasında

Mislî Mallardan Para

Gerek altın ve gümüş paralar, gerek zamanımızda bunların yerini alan nikel veya kağıt paralar İslâm Hukukuna göre mislî mallardandır. Bir alım-satım akdinde para daima satılan şeyin pahası anlamında "semen",[142] paranın karşısında yer alan diğer bedel ise "semen mukabilinde satılmış şey" anlamında "musemmen"[143] adını alır.

İnsanların muhtaç olduğu eşya ile insan ihtiyacını karşılayacak sair hizmetlerin mali değerini ölçmede kullanılan bir ölçek (**mi'yar**) olma özelliği ile para diğer mislî mallardan ayrılır. Para, para olarak yararlı bir şey değildir. Zira para -altın da olsa- para olarak karın doyurmaz. Yani bir zaruri ihtiyaç savmaz; fakat ihtiyaç savacak madde ve hizmetleri elde etmede vasıta olur. Bu özelliği sebebiyledir ki para, "ıvazlı" akidlerde daima "semen" rolünü yüklenir ve "elimdeki bu paraya" diyerek akit yapılsa bile muayyen hale gelmiş olmaz. Gösterilen para yerine gösterilen o paranın niteliklerini taşıyan başka para verilebilir.[144] Öyle olduğu için para akidden doğan bir borç hüviyetine (zimmette sabit borç) girer. Bu sebepledir ki Mecelle semen'i tarif ederken "*satılan şeyin pahasıdır ki zimmete taalluk eden şeydir*", (md. 152) diyor. Yine bu sebepledir ki İslam Hukukçuları (fukaha) bir malın para ile alım satımına yani normal satım akdine, borç karşılığında bir malı satmak anlamında "*bey'u a'ynin bi deyn*"; alınan da satılan da para oldu mu yani para bozduruldu mu "borcu borca satmak" anlamında "*bey'u deynin bi deyn*" diye tarif ediyor ve bu son muamelenin adına "sarf" (= change, para bozma) diyorlar.[145]

---

değer farklılığı göstermeyen mezru'at yani uzunluk birimi ile ölçülen maddeler mislî'dir. Meselâ aynı ipten dokunan keten bezi gibi ki, bu bezden bir metre telef eden kimse o toptan veya aynı ipten dokunmuş başka bir toptan misli ile tazmin eder. Şayet aralarında önemsenecek derecede bir kalite farkı yoksa.

Hiç şüphesiz aynı standart ve kalitede bir misli bulunmadığı durumlarda mal mislî değil, kıymî olacak, parça ve bütün olarak muhtemel değer farkları ödemede dikkate alınacaktır.

142 Mecelle, md. 152

143 Mecelle, md. 155.

144 Para altın veya gümüş ise, bunlar aynı zamanda hakiki mal olduğundan, tayin edildiği takdirde muayyen hale gelebilir. Hamevî, II, 158.

145 Kâsânî, *Bedâyi'*, V. 134; Mecelle md. 120.

Açıktır ki her iki bedelde para ve dolayısıyla tayin etmekle muayyen hale gelmeyen özellikte bir mal olduğu için "ivazlı" bir hukuki muameleye konu olur olmaz derhal belirli nitelikleri ile "Şu kadar Türk Lirası, bu kadar Alman Markı olarak" zimmette doğan borç hüviyetine bürünecek ve "borcu borca satma" diye ifade edilecektir.

Paranın dışındaki diğer mislî şeyler de her ne kadar para gibi belirli nitelikleri ile zimmette borç olarak sabit olma özelliğine sahip ise de bunlar tayin edilmek suretiyle muayyen hale de gelebilirler ve dolayısıyla para ile diğer mislî eşya arasında fark vardır.[146]

Bununla beraber para dahil bütün mislî mallar "belirli nitelikleri itibariyle zimmette borç olarak sabit olabilme" ortak özellikleri ile "kıymî" mallardan ayrılırlar. Kıymî mallar, nitelikleri ne ölçüde detaylı olarak belirtilmiş olursa olsun, kıymî'den kıymî'ye nitelik, dolayısıyla değer farkı söz konusu olacağından, belirli nitelikleri itibariyle değil ancak muayyen maddi varlıkları ('ayn) itibariyle borç olarak sabit olur.[147]

Mislî ve Kıymî mallar arasındaki fark, birincilerin nitelikleri ile borç olarak sabit olması, diğerlerinin ise ancak aynı itibariyle teslime konu olmasından ibaret değildir. Bunlar arasındaki bir diğer fark; mislî malın mislî mal

146 Ebû Zehra, age. s. 53; Serahsî, *Mebsût,* XII, 111; Kâsânî, V, 234, 237.

147 Ebû Zehra, age. s. 53; (Kâsânî, *Bedâyl',* V, 234;

Bu durumu Roma Hukukundaki nevi ve parça borcu ile karşılaştırmak mümkündür. (Bkz. Rado, age. s. 14 v.d.; Tunçomağ, Kenan, *Borçlar Hukuku,* İstanbul 1972, s. 46 v.d. Velidededoğlu, age. s. 258; Seviğ, age. s. 155; es Senhûri, Abdurrazzak, *Nazariyyetu'l-'akd,* s. 1482-83) Ne var ki, iki hukuk sisteminde bunların hükümleri değişir:

İslâm Hukuku'na göre gerek kıymî olduğundan esasen tayinle muayyen olan, gerek mislî iken tayinle muayyen hale gelen mal, önce müşterek, sonra farklı hükümlere tabi olur. Müşterek hüküm, bu mallar ortada olduğu müddetçe bunların kendilerinin (ayn) teslim konusu olmalarıdır. Yerlerine başkası verilemez. Ayrıldıkları hüküm: Bu malların kendileri ortada mevcut değilse kıymî mallarda mutlak surette kıymetinin (malî değer), mislî mallarda ise mislî piyasada mevcut oldukça Önce mislinin, piyasadan çekilmişse ancak o zaman kıymetinin ödenmesidir.

Roma Hukuku'nda ise, nevi borçları ile arasındaki en büyük ehemmiyeti ifanın imkânsızlığı mes'elesinde göze çarpar. "Parça borçlarında borçlunun mes'ul tutulamayacağı bir sebepten dolayı borcun ifası imkânsız hale gelmiş ve borcun mevzuu telef olmuş ise, borçlu borcundan kurtulur, (species ei perit, cui debetur). Halbuki nevi borçlarında o neviden şeyler yeryüzünde mevcut oldukça borcun ifası imkânsız hale gelmez: Bu durum meşhur, Genus non perit: Nevi telef olmaz sözleri ile ifade edilmiştir. (Rado, age. s. 15).

ile kıymî malın ise malî değeri ile tazmin edilmesidir. Şöyle ki birinin malına haksız bir fiil (i'tida) ile zarar veren kişi, zarar verdiği kişinin uğradığı zararı giderme (garâma) zorundadır. Bu ise mislini ödemek mümkün olan durumlarda, mislinin, bu mümkün olmadığı takdirde kıymetinin ödenmesi ile mümkün olur. Zira mislini ödemek "tam" (kamil), kıymetini ödemek ise "kasır" (eksik) ödeme şeklidir. Mislî olan malları misilleri ile ödemek mümkün olduğuna göre, zarar verilen mal mislî ise onu misli ile ödemek vacib olur. Telef edilen mal mislî değilse o takdirde -arada önemli değer farkı bulunmyan bir mislini bulmak mümkün olmadığına göre- kıymetini ödeme cihetine gitmek gerekecektir.[148]

İslam Hukukçularının çoğunluğuna ait görüşü Serahsî Mebsut'unda şöyle savunuyor: "Hadisi şeriflerde, bir malın zilyedliğini eline geçiren, o malı sahibine geri verinceye kadar ondan sorumludur",[149] "Hiç kimseye, kardeşinin malını şaka ile veya ciddi olarak almak helâl olmaz; (kardeşinin malını rızası dışında) herhangi bir şekilde almış olan kimse onu derhal sahibine geri versin",[150] "Kendisine ait malı bizzat (ayn) bulan kimse, o mal üzerinde öncelikle hak sahibidir" buyurulmaktadır".[151] Bilindiği gibi başkasına ait bir malı haksız olarak alan ikinci şahsın o malı sahibine geri verme mecburiyeti, kişinin kendi malı üzerinde öncelikle hak sahibi (ahakk) olmasının zorunlu bir sonucu olmaktadır. Yani ikinci şahıs mal sahibinin kendi malı üzerindeki zilyedliğini elinden almıştır. Mal sahibi için kendi malı üzerindeki zilyedliği

148 Bu görüş İslâm Hukukçularının çoğunluğuna ait bir görüştür. Kıyası kabul etmeyen bazı hukukçular "Bir mala verilen zarar o malın hem aynı hem malî değeri ile ilgilidir. Telef edildiği için aynın geri verilmesi (redd) mümkün olmadığına göre ödemenin ancak, telef edilen eşyanın malî değerine inhisar etmesi gerektiğini savunarak "telef edilen ister mislî ister kıymî olsun ancak kıymeti ile tazmin edilir." derken, Medineli bazı Hukukçular, "İstenen şey meydana getirilen zararı mümkün olduğu ölçüde tam gidermek olduğuna göre telef edilen şey mislî olsun kıymî olsun her halü kârda malî değerine en yakın misli ile ödeneceği" görüşünü savunmaktadır. Merhum Üstad Ebû Zehra bu son görüşü Malikî hukukçulara nisbet ediyor, age. s. 54, not, 2. Bu bir iltibas olsa gerek. Zira kaynaklarda bu görüş, Medineli bazı fakihlere isnad edilmekte ise de İmam Malik'in kendi görüşü bu değil, cumhurun görüşü ile birdir. Bkz. *Mebsût,* XI, 51; İmam Mâlik, *el-Muvatta',* II, 735; *el-Mudevvene,* V, 341, 359.

149 *Tirmizî,* Büyû, 39; *İbn Mâce,* Sadakât, 5; *Musned,* V, 18.

150 Ahmed b. Hanbel, *Musned,* V, 113.

151 *Buhârî,* İstikraz, 14; *İbn Mâce,* Musâkat, 24; *Ebû Dâvud,* Büyu', 74; *Nesâî,* Büyü', 95; *İbn Mâce,* Ahkâm, 26; *Musned,* II, 257.

ise mülkiyetin gayesidir. Zira malik, mülkünde tasarrufa; ondan yararlanma ve ürünlerini elde etme gibi imkanlara ancak malı üzerindeki zilyedliği sayesinde sahip olabilir. Malikin zilyedliğini haksız olarak alan kimse, mal sahibini bu sebeple uğrattığı zarar ve ziyanı ortadan kaldırmak için kendi haksız fiilinin neticelerini ortadan kaldırmak zorundadır. Bunun en mükemmel biçimi haksız olarak aldığı veya telef ettiği malı -mümkünse- olduğu gibi aynen sahibine (zilyedlik) iade ve teslim (redd) etmektir. Aslî vazife (vacib) budur. Ve çaresiz kalmadıkça bir başka "eda" cihetine gidilmez. Şayet mal şu veya bu sebeple yok olmuş ve böylece hak sahibine aynen geri vermek imkansız hale gelmişse o takdirde malın benzerini tazmin yoluna gider ki mülkiyeti elinden alma ile denk anlama gelen hatalı davranışını yani mülkiyet haklarından yararlanmanın yegane aracı olan zilyedlik hakkını sahibinin elinden almayı telafi etmiş olsun.[152] "Mülkiyet tam ve nakıs olduğu gibi verilen zararın edası da tam veya kusurlu olabilir. Tam eda görünüş (ayn) ve mana (mali değer) bakımlarından, kusurlu eda ise sadece mali değer bakımından muadilini ödemektir. Böyle olunca, ikinci şahsın eda yükümlülüğü, birinci planda tam muadilini (misl-i tamm) bu mümkün olmadığı takdirde kusurlu benzerini (misl-i kasır) ödemek olur, izah edelim:

"İkinci şahsın haksız olarak aldığı mal, çarşıda pazarda emsali bulunan "mislî" bir mal ise ve piyasada da bulunuyorsa, o takdirde eda yükümlülüğü, o malın muadilini ödemektir. Çünkü haksız fiilden (itida) doğan zarar ziyanın muadili ile (misl) eda edilmesi, ayet hükmüdür, (Bakara, 194). Yukarıda nitelikleri belirtilen cinsten misli olan malların "mislî" olduğu ise hadisle sabittir. "Buğday buğdaya, misli misline..."[153] Esasen yapılmak istenen meydana gelen zararı mümkün olan en mükemmel biçimde telafi etmek olduğuna ve mislini ödemekle malın hem cinsi hem malî değeri, birlikte gözetilmiş olacağına göre, değerini ödeme cihetine gidildiği takdirde cinsi gözetilmeden sadece malî değeri ödenmiş olacağından mümkünse mislini bulup eda daha adaletli bir eda şekli olacaktır. Malî mislî olmaz da kıymî olursa ve aynen geri vermek imkansız hale gelirse bu takdirde o şeyin malî değeri ödenecektir.[154] Çünkü bu nevi

152 Serahsî, *Mebsût,* XI, 50

153 *Buhârî,* Büyu', 77, 81; *Müslim,* Musâkat, 81; Ahmed b. Hanbel, V.320.

154 Gasbedilmiş kıymî malların, gasbedildiği tarihteki değeri ile tazmin edileceğinde ittifak vardır. Hamavî, II, 219.

malların piyasada aralarında önemsenecek derecede fark bulunmayan muadilini bulmak mümkün olmamaktadır.

"Bunun yanında, mislî mal da şu veya bu sebeple piyasadan çekilmişse o takdirde mislini ödeme imkanı kalmadığına göre artık bunların da kıymetini ödeme cihetine gidilecektir."[155]

Mislî ve kıymî mallar arasında ortak malı bölüşme (kısme); alım - satım (bey') ve diğer hukuki muamelelerde kendisini gösteren başka farklar da mevcuttur. Mesela ortak mal mislî ise, ortakların hepsi razı olmasalar da bazı ortakların isteği ile zorla taksime gidilebilir. Halbuki bu kıymî mallarda normal olarak ortakların rıza ve maslahatları ile sınırlıdır.[156] Keza mislî mal "selem" (para peşin mal veresiye) akdine konu olabilirken "kıymî" mal selem akdine normal olarak konu olamaz.[157]

İslam Hukuku'na göre temelde eşyanın objektif bir vasfından gelen malın bu mislî ve kıymî ayırımı mefhum olarak Kur'an ayetlerinde;[158] hem mefhum hem hukuki düzenlemelerin konusu olarak hadislerde[159] görülmekte; ilk uygulamalardan itibaren İslam Hukuku'nun işlenmiş konuları arasında yer almaktadır.[160]

155 Serahsî, *Mebsût,* XI, 50. Benzer görüşün özetleri için bakınız: İzmirî *Hâşiye ale'l-Mirât,* İst. 1309, I, 267; Ebû Zehra, age. s. 54-55; Hanefî fakihler bu durumda, piyasadan çekilmiş bulunan malın değerinin ne zamanki değerine göre, zimmette borç olduğu zamanki değerine göre mi, piyasadan çekildiği zamanki değerine göre mi, yoksa dava açıldığı tarihteki değerine göre mi takdir edileceği konusunda ihtilâf etmiş; Ebû Yûsuf birinci, Muhammed ikinci, Ebû Hanife üçüncü görüşü savunmuştur. (Serahsî *Mebsût,* XI, 50-52; Ebû Zehra, age. s. 55).

156 Ebû Zehra, age. s. 55; Kâsânî, *Bedâyi',* VII, 19.

157 Kâsânî, *Bedâyi',* V, 208. Şafiiler, cinsi ve yaşı belirtilmek suretiyle canlı hayvanların da -ki bunlar kıymîdir- selem akdine konu olabileceğini savunuyor. Bkz. Kâsânî, *Bedâyi',* V. 209.

158 Bakara (II) 194; Mâide (V), 95; Şûrâ (XLII), 40.

159 *Müslim,* Musâkât, 81; *Buhâri,* Büyü', 77, 81; Ahmed b. Hanbel, V. 320; *Taberânî, Büyü',* 20; "Buğday buğdaya, hurma hurmaya misli misline." *Müslim,* Musakat, 84: "Altın altına, gümüş gümüşe, vezni veznine, misli misline", *Buhâri,* Selem, 7; *Dârimi,* Büyü', 45; "Selem akdine konu ettiğiniz meyvaları belli ölçü ve belli tartı ile satınız", *Buhârî,* Hiyel, (fi't-Terceme): "Sahibi kıymetini aldığına göre, cariye gasbedenindir."

160 Kadı Şurayh'ın, başkasına ait bastonu kıran kimse hakkındaki tazminat davası ile ilgili olarak bkz. Serahsî, *Mebsût,* XI, 50-52; Yine Kadı Şurayh'ın, bir zımmiye ait şarap küpünü kırmış olan müslüman kişi hakkındaki tazminat davasındaki hükmü ile ilgili olarak

c) Menkul Mallar - Gayrimenkul Mallar

Bugünkü dilde taşınır mallar ve taşınmaz mallar diye ifade edilen menkul -gayrimenkul ayırımı, İslam Hukuku'nda menkul- akar adı ile İncelenmektedir.[161]

Malın bu ayırımı vakıf, şuf'a, kısmet (taksim) ve bey' (alım - satım) gibi çeşitli hukuki muamelelerin yanında özellikle temellük hukuku ve servet dağılımı açısından önem arzeder. Biz bu ayırımı önce ayet ve hadislerden takip edelim.

1- "*Onların arazi (ard) hâne (dâr, diyâr) ve mallarına (emvâl) sizi varis kıldı.*" Ahzâb 27.

Görüldüğü gibi bu ayeti kerimede "ard", arazi, hane ve mallar bir arada zikredilmektedir. Arazinin, hanenin vesair malların "mal" genel kavramında dahil olduğunda -malın tarifinde gördüğümüz gibi- şüphe yoktur. Böyle olduğuna göre bunlar aynı ayette yanyana sıralanmakla aralarındaki farklara işaret olunmuş olmaktadır. Nitekim bu fark ilk uygulamalardan itibaren kendisini göstermiş, "mülkiyetin iktisabı" bahsinde göreceğimiz gibi, ganimet malları, a) Arazi, b) Haneler ve c) Bunların dışında kalan mallar olarak farklı hükümlere tabi tutulmuştur.

2- "*Bir kimse bir hane (dâr) veya akar satar da parasını yine bir akara yatırmazsa hayrını ve bereketini görmez*".[162]

Hadis ve dil mütehassıslarından İbnu'l-Esir, bu hadiste geçen "akar" kelimesini "day'a", "nahl" ve "ard" kelimeleriyle açıklamıştır.[163]

Day'a'nın çiftlik gibi gelir kaynağı "işletme"; nahl'in hurma ve bahçesi; ard'ın ise arazi manasına geldiğini biliyoruz.

---

bkz. Serahsî *Mebsût,* XI, 53; Başkasına ait canlı hayvana sahibinden izinsiz olarak verilen zararla ilgili tazminat hükmü için bkz. *el-Muvatta',* II, 735. Burada, Kadı Şurayh'ın, Hz. Ömer'in kadılarından olduğuna işaret edelim.

161 Serahsî, *Mebsût,* XIV, 90; Kâsânî, *Bedâyi',* VI, 220; VII, 12; İbnu'l-Humam, *Feth,* VI, 215; İbn Nuceym, *Bahr,* V. 205; İbn Abidin, V. 150; İmam Mâlik. *Müdevvene,* V, 402-403; İbn Rüşd, *Bidâyetu'l-Muctehid* II, 257.

162 *Musned* Ahmed b. Hanbel, III, 467; *İbn Mâce,* Ruhûn, 24; *Dârimî,* Büyü'.

163 İbnu'l-Esîr (630/1233), *en-Nihâye fî Garîbi'l-Hadis,* III, 274.

3- "*Enes b. Malik anlatıyor: Muhacirler Mekke'den Medine'ye geldiklerinde elleri boş olarak geldiler. Ensar ise "arazi" ve "akar" sahibi kimselerdi...*"[164]

Hadis ve dil mütehassıslarından Zeccac (300/923), bu hadiste geçen "ard" ve "akar" kelimelerini açıklarken: "*Bir aslı, bir kökü ve bir kaynağı olan her şeye "akar" denir. Özellikle hurma ağaçlarına akar dendiği kabul ediliyor*" demektedir.[165]

4- "*Adamın biri diğerinden "akar" satın aldı. Satın alan, akar'da, içinde altın dolu bir küp buldu. Hemen satana koştu: "-Akarından altın çıktı, gel altınını al!" dedi. Satan ise: "-Ben akarı sana sattım, içinden çıkan da senindir" dedi. Konuyu bir üçüncü şahsa (hakem) götürdüler. O zat bunlara: "-Çocuklarınız var mı? diye sordu. Biri: "-Benim bir kızım var" diğeri Benim bir oğlum var" deyince hakem: "-Çocuklarınızı birbirleriyle evlendiriniz ve bu malı onlara veriniz, böylece ikiniz de dolaylı olarak yararlanmış olun" diyerek davayı bitirdi*".[166]

Bu hadisteki "akar" kelimesi hakkında, hadisin Müslim'deki dipnotunda açıklamada bulunan M. Fuad Abdülbaki: "-Akar, arazi ve ona bağlı bitişik olan şeydir. Akar'ın gerçek manası "asl" (asıl), temel kaynak'tır. Akar kelimesi, "akr" veya "ukr" dan gelen ve "asl" manasında bir kelimedir" diyerek İbnu'l Esir'den az önce naklettiğimiz bilgiyi kaydediyor.

5- "*Ortak her "arsa" (rab'a) ve "bahçe" (ha'it)'de şuf'a hakkı vardır*.[167]

İbnu'l-Esir, hadislerde geçen "rab'a" ve "ha'it" kelimelerini açıklarken "Ruba" oturma yeri (menzil, konut) demektir. "Rab'a" ise biraz daha özel anlamı ile mesken manasındadır. Ha'it ise bahçe, bostan anlamına gelir" diyor.[168]

Misal olarak seçtiğimiz bu örneklerde görüldüğü gibi "akar" kelimesi "arazi", "bahçe", "arsa", "hurma", "hurmalık" ve "hane" gibi manalara gelmektedir.

---

164 *Buhârî,* Hibe, 35; *Müslim,* Cihâd, 70.
165 Bu hadisin dipnotunda nâşir M. Fuad Abdülbaki zikrediyor.
166 *Buhâri,* Enbiyâ, 54; *Müslim,* Akdiye, 21; *İbn Mâce,* Lukata, 4.
167 *Nesâ'î,* Büyü', 80, 108; *Musned* Ahmed b. Hanbel, III, 317, 357.
168 İbnu'l-Esîr, age. I, 462.

Bu ön bilgilerin ışığında "akar"ın ve "menkul"ün tariflerini inceleyebiliriz.

Menkul malları *Mecelle* 128. maddesinde şöyle tarif eder:

"*Menkul, bir mahalden mahalli ahara nakli mümkün olan şeydir ki nukud ve uruza ve hayvanat ve mekilat ve mevzunata şamil olur*."

Tarifte geçen kelimeleri yine Mecelle'den maddelerle açıklayalım:

"*Nukûd, nakdin cem'i olup altın ve gümüşden ibarettir*." (Mad. 130).

"*Urûz, araz'ın cem'i olup nükûd ve hayvanattan ve mekilat ve mevzuattan başka olan meta ve kumaş emsali şeylerdir*." (Mad. 131).

"*Keyli ve mekil, keyl ile ölçülen şey*." (Mad. 133).

"*Vezni ve Mevzun, tartılan şey*." (Mad. 134).

Buna göre, bir yerden bir yere taşınabilen, yeri değiştirilebilen altın, gümüş, canlı hayvanlar, kap-kacak, elbise, kumaş ve benzeri şeylerle kile ve litre gibi bir hacim birimi ile ölçülebilen ve kilo ve ton gibi bir ağırlık birimi ile tartılabilen bütün taşınır mallara menkul mal denir.

Bugün uçak, otomobil ve diğer motorlu araçları da menkul mallar arasında zikretmek gerekir.

Mecelle gayrimenkulu da şöyle tarif ediyor:

"*Gayri menkul, akar denilen hane ve arazi misillu mahalli ahara nakli mümkün olmayan şeydir*." (Mad. 129).

Görüldüğü gibi Mecelle gayrimenkulün "akar" denilen şey olduğunu bildirmekte ve "hane" ve "arazi" misill diye örnek vererek açıklamaktadır. Fıkıh metinlerindeki tariflere tamamen uygun olan[169] Mecelle'nin bu tarifindeki "hane" misalinden binaların doğrudan gayrimenkul sayıldığı anlaşılabilir ise de konu tafsile muhtaçtır. Şöyle ki:

İslam Hukukçularına göre "akar" aslında mutlak manada "arazi"den ibarettir. Arazi boş da olsa, üzerinde bina veya dikili ağaç da bulunsa, fark etmez, arazi arazi olarak "akar" yani gayrimenkuldür. Arazideki bina ve dikili ağaçlara

169 Bkz. 163 numaradaki kaynaklar ve yerler.

gelince, bunların menkul veya akar sayılması, "arazi" ile olan ilişkileri ile ilgilidir.

1- Bina ve dikili ağaçlar arazinin sahibine aittir. O takdirde:

a) Arazi ile birlikte vakfedilmesi veya arazi ile birlikte satılması gibi hukuki muamelelere, arazi ile birlikte konu edilmişse, bina da dikili ağaçlar da gayrimenkul sayılır. Yani arazi ile birlikte vakfedilen bina ve dikili ağaçların vakfı bilittifak sahih; arazi ile birlikte satılan bina ve dikili ağaçlarda şuf'a haktır.

b) Bina ve dikili ağaçlar, arazi hariç tutularak, sadece bina ve ağaçlar olarak vakfedilmek ve satılmak suretiyle, araziden ayrı olarak hukuki muamelelere konu edilmiştir. Bu durumda, arazi ile üzerindeki bina ve dikili ağaçların sahipleri hemen veya gelecekte başka başka kimseler olacağından ve yer sahibi, bina ve dikili ağaçların kaldırılıp götürülmesini yani arazisini boşaltmasını isteyebileceğinden, bina da dikili ağaçlar da -her ne kadar araziye bitişik ve sabit görüntülü iseler de- hükmen menkul sayılır. Yani, böyle bir satıma konu olan bina ve ağaçlarda şuf'a hakkı sabit olmaz; araziden hariç tutularak yapılan bina ve bağ-bahçe vakfı, menkulün vakfı hükümlerine tabi olur. O bölgede böyle menkullerin vakfı mütearefse vakıf sahih; değilse gayrisahih olur.[170]

2- Bina ve ağaçlar başkasının yerinde yahut vakıf veya miri bir arazidedir. Bu takdirde bina ve ağaçlar mülkiyeti başkasına ait yerde bulunmaktadır. Mülkiyeti başkasına ait arazideki bu bina ve ağaçlar, -yukarıdaki gerekçe ile- menkul sayılır. Dolayısıyla bunların vakfı da menkul eşyanın vakfı hükümlerine tabi olur. Bunların satışı halinde şuf'a hakkı doğmaz.[171]

3- Sahipsiz yerde kurulan köprü ve değirmen gibi binaların vakfı sahihtir. Zira bunların o yerden kaldırılmasını isteyecek bir arazi sahibi (malik) yoktur. Bu sebeple bu binalar, hakikaten olduğu gibi hükmen de gayrimenkul sayılır.[172]

---

170 İbn Abidîn, age, III, 425-6; Krş. ez-Zerkâ, age. III, 140.

171 Krş. Mecelle md. 1019 ve 1020.

172 İbn Abidin, III, 425-426; İbnu'l-Humâm, Feth, VI, 215.

Demek oluyor ki tabiatları gereği gayrimenkul olan bina ve dikili ağaçlar hukuken, ancak üzerinde bulundukları arazide hukuken kalıcı olup olamamalarına göre menkul ve gayrimenkul sayılacaktır.[173]

Buraya kadar ki tetkiklerimizde, Mecelle'nin fıkıhla birlikte "akar"a irca ettiği "gayrimenkul"ün, başka bir ifade ile "akar"ın mahiyetini tesbite çalıştık. Akar tabirinin mutlak anlamda "arazi"yi anlattığını, arazi üzerindeki "bina" ve "dikili ağaçlar"ın ise araziye tabi olarak hukuki hükümlere tabi olduğunu tesbite çalıştık.

Şimdi de İslam Hukukuna göre "akar"dan başka gayrimenkul bulunup bulunmadığını, başka bir ifade ile gayrimenkulün konularını araştırmamız gerekiyor. Zira modern hukukta gayrimenkul:

1- Arazi,

2- Tapu sicilinde müstakil ve daimi olmak üzere kaydedilen haklar,

3- Madenler,

4- Bağımsız bölümler (kat mülkiyeti) olarak dört maddede İncelenmektedir.[174]

Modern hukukta incelenen 4 maddeden birincisini "akar" adı altında incelemiş olduk.

Madenler, tıpkı taş gibi toprak gibi araziye bitişik ve sabit şeyler olup gayrimenkuldür. Çıkarılıp alınan maden ise yine aynen kazılıp taşınan taş toprak gibi menkul olur. Maden mülkiyeti bahsinde göreceğimiz gibi madenler her ne kadar mülkiyet bakımından toprağa tabi değilse de, filizinde olduğu müddetçe belirli bir sahibi de bulunmadığı için, hukuken topraktan ayrı mütalaa etmeyi gerektiren bir durum mevcut değildir. Bu haliyle sahipsiz yerdeki köprü ve değirmene benzetmek mümkündür.[175]

173 Bina ve dikili ağaçların Hanefi içtihadında menkul, Maliki içtihadında gayrimenkul sayıldığı kanaati yaygın ise de bu iki mezhebin nokta-i nazarları incelendiğinde görülür ki, bu iki mezhep arasında bu konuda görüş farkı yoktur. Her iki içtihadda da bina ve ağaçların menkul veya gayrimenkul sayılması bina ve ağaçların arazi ile olan hukukî ilişkisi ile bağıntılıdır. Bkz. Mecelle, md. 1019, 1020; İmam Malik, *el-Müdevvene,* V, 402.

174 Bkz. Türk Medeni Kanunu, md. 632; Oğuzman-Seliçi. a.g.e. s. 336.

175 Filizindeki madenlerin gayrimenkul sayıldığına dair bkz. Serahsî, Mebsût. XIV 135.

Geriye irtfiak hakları ve müstakil bölümler kalıyor:

Önce prensip olarak müstakil bölümler, binanın bütünü içinde binanın hukuki vaziyetine tabidir. Bina bütünüyle -arazi ile olan hukuki durumuna göre- gayrimenkulse, müstakil bölümler (katlar, daireler) de gayrimenkuldür; değilse değildir.

Ayrıca İslam Hukukuna göre üst hakkı, gayimenkul bir haktır:

Yani üst kat birinin alt kat birinin olan bir binada üst kata sahip olan kişinin, alt kat üzerinde, kat hakkı vardır. Bu hakka *"hakkun kâ'imun bi mahallin"* deniyor. Bina toptan yıkıldığı takdirde üst kat sahibinin alt kat sahibinden kendi katını yapmasını isteme hakkı vardır; çünkü kendi binasını onun üstüne oturtacaktır. Bu onun hakkıdır. Ancak, alt katın sahibi kendi katını yapmaktan imtina ederse üst kat sahibi isterse mahkeme kararı ile alt katı sahibi namına yapar. Kendi katını üstüne çıkar. Alt katın sahibi, yapılan alt katın masrafını veya değerini (bu nokta tartışmalıdır) üst kat sahibine ödemedikçe, üst kat sahibi alt katı, sahibine teslim etmeyebilir.[176]

Bu üst hakkı mes'elesinin orijinal bir yönü vardır. Bazen öyle olur ki, arazi ile olan ilişkisi bakımından bina hey'eti umumiyesi ile menkul olabilir. Ama, bağımsız bölümlerden üst katlar, alt katları üzerinde "hakkı karara" sahip olduklarından ve bu hakkı karar prensip olarak gayrimenkul sayıldığından, bu üst kat maliklerine ait olan üst hakkı gayrimenkul telakki edilebilir. Nitekim, vakıf veya mirî arazideki binanın üst katı satıldığında, bina hey'eti umumiyesi itibariyle zaten menkul hükmündedir. O halde satılan üst kat üzerinde alt kat malikinin şuf'a hakkı yoktur, denemez. Satılan üst katı alt kat maliki şuf'a yolu ile alabilir.[177]

Bu teferruat bir yana biz, bağımsız bölümler tıpkı içinde bulundukları binanın (mesela apartman) tabi olduğu hükme tabi olur. Bina menkulse, müstakil bölmeler de menkul; gayrimenkulse müstakil bölmeler de gayrimenkuldür, diyeceğiz.

176 İbn'ul-Humam, *Feth*, VII, 322.
177 İbn Abidin, age. V, 150.

İrtifak Hakları

İrtifak haklarına gelince, bu hakların İslam Hukukuna göre gayrimenkul sayılıp sayılmayacağı konusuna hemen hiçbir yeni İslam Hukuku araştırmacısı temas etmemiştir. Sadece değerli araştırmacı M. Ahmed ez-Zerka, beş ciltlik bir seri halinde neşrettiği İslam Hukukuna umumi giriş mahiyetindeki *"el-Fıkhu'l-İslami fi sevbihi'l-Cedid"* adlı eserinin üçüncü cüz'ünde gayri-menkul ve menkul malları incelerken, yeni kanunlaştırma hareketinde gayri-menkulün İslam Hukukuna nazaran çok geniş tutulduğu ve irtifak haklarının da gayrimenkul sayıldığı hususuna temasla gayrimenkul davalarının gayrimenkul sayılması hariç, diğer hususların İslam Hukukuna göre de -Mesela Maliki içtihadından yararlanarak- gayrimenkul sayılmasının mümkün olduğuna işaret ediyor ise de irtifak haklarının bu arada üst hakkının İslam Hukukuna göre menkul mü gayrimenkul mü olduğu mes'elesine temas etmemektedir.[178]

İrtifak hakkı, bir gayrimenkul lehine başkasına ait gayrimenkul üzerinde kurulmuş bir yararlanma hakkıdır, şeklinde tarif edilebilir. Bunlar İslam Hukukuna göre:

a) Şirb Hakkı: "Ekin ve hayvan sulamak için su ile intifa etmek nöbetidir." Mecelle, md. 1262.

b) Mesil Hakkı: Saçak ve pis su kanalı (kanalizasyon) geçirme hakkı olup Mecelle, 1228 - 1233 maddeleri ile düzenlenmiştir.

c) Murûr Hakkı: Geçit yani gayri-menkulüne ulaşmak için yol hakkı demek olup Mecelle, 1224 - 1227. maddelerinde düzenlenmiştir.

d) Ta'alli Hakkı: Üst hakkı demek olup kat maliklerine ait haktır. Bu haklar, İslam Hukukuna göre irtifak haklarıdır.

Bu haklardan geçit hakkı (hakkı murûr)'nın doğuşu, İslam Hukukçuları (fukaha) tarafından şöyle açıklanmaktadır:

Bir kimse mevat bir araziyi ihya etse, sonra da başka kişiler ihya edilen o yerin çevresinde ihya çalışmalarına koyulsalar ve ilk ihya edilen yerin dört bir yanını sıra ile ihya etseler, ilk ihya edilen yerin geçit hakkı, en son ihya edilen arazi üzerinde taayyün eder, (ayni hak); zira ilk ihya edilen yerin kapalı

178 ez-Zerkâ, age. III, 150.

havza olmasına sebe polan en son ihya edilen yerdir. Yani ilk ihya edilen yerin yolunu fiilen son ihya eden kapatmış oluyor. O halde dört tarafı çevrilen yer için zaruri olan yola son ihya edilen arazi katlanacaktır. Açıktır ki katlanma, ilk ihya edilen yerin sahibi ile ilgili değil, bizzat arazi ile, araziye ulaşma ile ilgilidir.[179]

Görüldüğü gibi doğuşu ve devamı bakımından gayri-menkule tabi olan irtifak haklarından mesela şimdi incelediğimiz geçit hakkı hükümleri bakımından da gayri-menkule tabidir. Nitekim irtifak hakkı sahibi şuf'a hakkı sahiplerindendir:

"Ashab-ı şuf'a üçtür. Evvelkisi nefs-i mebi'de müşarik olmaktır. Nitekim iki kimsenin bir akarda şayian iştirakleri gibi. İkincisi hakkı mebi'de halit olmaktır. Nitekim hakk-ı şirb-i hass ve tarik-i hassda iştirak gibi".

"Mesela hakkı şirb-i hass'da iştirakleri olan bahçelerden birisi satıldıkta, diğer bahçeler ashabı hep şefi olurlar. Gerek car-ı mulasık olsunlar, gerek olmasınlar."

"Kezallik, kapısı tariki hassa (özel yol) açılan bir hane satıldıkta ol tariki hassa kapısı olan bütün haneler ashabının kâffesi şefi olur. Gerek car-ı mulasık olsunlar ve gerek olmasınlar. Amma umumun menafii olduğu bir nehirden su alan yahut kapısı tariki amme açılan hanelerden biri satıldıkta o nehirden su alan yahut o tariki amme kapısı olan diğer haneler ashabının hakkı şuf'ası yoktur.

"Üçüncüsü, mebi'de car-ı mulasık olmaktır" (Mecelle md. 1008).

"Hakk-ı şuf'a, evvela nefsi mebi'de müşarik olan kimsenin, saniyen hakkı mebi'de halit olanın, salisen car-ı mulasıkındır. Ve birinci talip iken diğerlerinin ve ikinci talip iken üçüncünün hakk-ı şuf'ası yoktur." (Mecelle md. 1009).

Yukarıdaki ifadelerde görüldüğü gibi irtifak haklarından mesela şirb ve tarik hakları, ancak gayrimenkul için sözkonusu olan şuf'a hakkının sebebidir. Yani fıkıh kitaplarında ifade edildiği gibi bu haklar hükmen akar gibidir.[180]

179 Bütün Hanefî fıkıh metinlerinde ve meselâ *Reddu'l-Muhtâr,* V, 303'te "İhya-u mevât" bahislerinin baş tarafında bu açıklama mevcuttur.

180 Diğer fıkıh mezhepleri irtifak haklarını şuf'a hakkı sebebi görmemekte ise de (bkz. Ibn Rüşd, Bidâyetu'l-Müctehid, II, 258) Hanefî içtihadında irtifak hakları, yukarıya kaydettiğimiz Mecelle maddelerinde de görüldüğü gibi ittifakla şuf'a hakkı sebebidir. Hanefî fukaha bu içtihadlarında "Komşu komşusunun şufasına daha layıktır, (ahakk); Şayet yolları birse o takdirde başka yerde bulunsa (gaib) bile dönüşü beklenir." (*Ebû Dâvud*,

Netice olarak, İslam Hukukuna göre gayrimenkul mülkiyetine ve hükümlerine konu olacak şeyleri şöylece belirtebiliriz:

1- Arazi (yataklarındaki madenler ile hukuken araziye tabi bina ve ağaçlar dahil).

2- Müstakil kat ve daireler.

3- İrtifak Hakları.

Bina ve dikili ağaçlarda gördüğümüz gibi bazı menkuller gayri menkule tabi olarak gayrimenkul hükmünü alabilir. Bu cümleden olarak evlerin kapıları, kapıların gömme kilitleri, su ve elektrik tesisatı hamam kurnaları v.s. gayri-menkule tesbit edilmiş olduğundan bunlar gayrimenkul hükümlerine tabidir. Hatta dalındaki meyva alım-satım akdine dahil edilirse, doğacak şuf'a hakkı meyvaları da içine alacaktır. Ağaçlar ile meyva arasındaki fark, arazi satımında ağaçlar istisna edilmediği takdirde akde otomatikman dahil olurken meyva ancak dahil olduğu zikredilerek akde dahil olabilir. Tipik bir örnek de şudur:

Bir çiftlik, bir işletme vakfedilirse, çiftlik veya işletme için gerekli olan ziraat aletleri ve koşum hayvanları ile her türlü alet ve makinalar dahil her şey vakıf kapsamına girer ve dolayısıyla artık mirasa ve özel mülkiyete konu olmaz.[181]

d) Ayn ve Deyn

Malın "ayn ve deyn" ayırımı malın mahiyeti ile ilgilidir.

Büyû', 75, H. No. 3518; Tirmizî, Ahkâm, h. no. 1369; *Nesâ'î*, Büyü', H. No. 4650) hadisine dayanmaktadır. Bkz *Bedâyi*, V, 12; *İbnuruşd*, II, 257. Hanefî fıkıh metinlerinin hepsi vakfın ve şuf'anın kaide olarak "akar" tabir edilen gayrimenkulde meşru ve vacip olduğunu = olacağını belirttikten sonra hemen bütün metinlerde şuf'a hakkına sahip olan kimseler, Mecelle'nin verdiği öncelik sıraları ile belirtilmektedir. Bkz. al-Kâsânî, *Bedâyi*, V, 12; Zeylâ'i Fahrüddin, Osman b. Ali (743/1342), *Tebyînu'l-Hakâ'ik* Bulak 1313'ten ofset, Beyrut, V, 239; *Dürrü'l-Münteka*, II, 472; *Mecma'u'l-Enhur Şerhu Mülteka'l-Ebhur* (damad), II, 472.

181 el-Mergînânî, *Hidâye* (Feth'ul-Kadir şerhi ile), VI, 216; *İbn Âbidîn*, III, 406; Molla Husrev, *Dürer*, II, 136; Krş. Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, age. III, 150; İmam Mâlik, *el-Müdevvene*, V, 434 ve 402; eş-Şafiî, *el-Ümm*, IV, 4, 57; *Mu'camu Fıkhi'l-Hanbelî*, s. 487. 1055; *Mu'camu Fıkhi İbni Hazm*, s. 526, 1097.

Elle tutulur, gözle görülür bir varlığı olan maddi şeylere (res corporales) ayn denir. Mecelle ayn'ı "*muayyen ve müşahhas olan şeydir, mesela bir hane ve bir at ve bir sandalye ve meydanda mevcut bir yığın buğday ve bir mikdar akçe hep a'yandandır*." diye tarif eder. (Md. 159) Modern hukukta Eşya Hukukunun konusu olan "eşya" bu anlamdadır.[182]

Bunun mukabili deyn olup para veya herhangi bir mislî malın ivazlı hukuki muamelelere konu olmasından doğan ve zimmette sabit diye ifade edilen borç (deyn, debt, obligation) dur. Mecelle deyn'i şöyle tarif eder: "*Deyn zimmette sabit olan şeydir. Mesela bir kimsenin zimmetinde şu kadar kuruş borcu, meydanda mevcut olmayan şu kadar kuruş ve meydanda mevcut akçenin yahut bir yığın buğdayın kablel ifraz*[183] *bir mikdarı muayyeni hep deyn kabilindendir*" (Md. 158).

Deyn Eşbâh'ta[184] Havi Kudsî'den[185] naklen şöyle tarif ediliyor: "Alım - satım akdi, tüketim (istihlâk) veya başka bir sebeple zimmette doğan bir hükmî maldır".[186]

Eşbah haşiyesi Hamevi'de[187] ise daha şümullü olmak üzere Nesefi'nin Mustafa'sından[188] şu tarif naklediliyor: "*Deyn, bir hukuki nitelikten ibaret olup mütalebe (istek) anında kendisini gösterir*." Bu tariflerden ayn'ın maddi mal, deyn'in hükmi mal olduğu sonucu çıkarılabilir. Esasen Kâsâni, Bedâyi'de böyle bir tarifte bulunmaktadır. "*Deyn ya zimmette sabit hükmi maldır, yahut malı teslim fiilinden ibarettir*".[189]

Ayn ve deyn arasındaki bu mahiyet farkı hükümlerinde de farklılıklara sebep olacaktır.

Ayn ile deyn arasında temlik, eda, kefalet, rehin, ibra, tecil ve tahsil konularında görülen farklı hükümler vardır.

---

182 Krş. Akipek, age. s. 37; Seviğ, age. s. 167 v.d. Mursî, age. s. 40.

183 Ortakları arasında fiilen bölüşülmeden önce.

184 İbn Nuceym, Zeynuddin, el-Eşbâh ve'n-Nezâir, İstanbul 1257.

185 Not. 69'a bak.

186 İbn Nuceym, Eşbâh, II, 209 (Hamevî haşiyesi ile).

187 Hamevî, *Gamzu Uyûni'l-Besâir Şerhu'l-Eşbâh ve'n-Nezâ'ir*, İstanbul 1257, II. 209.

188 Nesefî, Ebu'l-Berekât, Abdullah b. Ahmed (715/1410), *el-Mustasfâ Şerhu Manzûmeti'n-Nesefî fi'l-Hilâf*.

189 Kâsânî, *Bedâyi*, V. 148.

1- Borç misli ile kaza olunur, aynı ile eda olunamaz.

2- Borcun, borçludan başkasına temliki caiz değildir.

Birincinin fer'i olmak üzere "ibrâ" ve "mukâssa" mes'eleleri, İkincinin fer'i olmak üzere "havâle", "poliçe" ve "ciro" meseleleri karşımıza çıkar.[190]

3- Borç, borçludan başkasına -teslimi satıcının elinde olmadığından- satım yolu ile temlik edilemezse de vasiyyet, hibe, teberru ve bunun gibi yollarla temliki caizdir. Bilindiği gibi ayn'da temlik için intifa'ının mubah olmasından bir de satıcının mülkiyetinde bulunmasından yani malın mütekavvim olmasından başka bir şart yoktur.

4- Borç için kefalet ve rehin mümkündür. Fakat bir manası olmayacağından bu muameleler ayn'da sözkonusu olmaz.

5- Borçlunun zimmetindeki borç, alacaklının ibrası ile düşer ve borçlu borcundan kurtulur. Fakat ayn, ibraya konu olmaz. Ancak, "benim ona karşı hiçbir alacak ve hakkım yoktur." gibi çok genel bir ifade ile ibra mümkün olur ise de bazı özel durumlarda bu gibi genel ifadeli ibranın bile aynları ibraya yetmeyeceği ifade ediliyor.[191]

---

190 İmam A'zam Ebû Hanife'ye göre deyn'in ifa ve istiyfası yani borcun ödenmesi de tahsil edilmesi de ancak kısas yolu ile olur. Şöyle ki:

Bir kimse diğerinden on liraya bir gömlek satın alsa, gömlek onun mülkü olur. Ve bu alım akdi ile zimmetinde satıcı lehine mülk olmak üzere on lira borç doğar. Satın alan bu kişi, satıcıya on lira verince de verdiği paranın misli satıcının zimmetinde borç olarak sabit olur. İşte aldığı gömleğe bedel olmak üzere satın alan üzerinde satıcı lehine doğan on lira borç ile satın alan tarafından satıcıya ödenen on liranın karşılığı olarak satıcı üzerinde satın alan lehine doğan on liranın misli (yani alıcı ve satıcının zimmetlerinde karşılıkla doğan iki hükmi mal) birbiri ile buluşur ve bunlar birbirini karşılamış (ödeşmiş olur. (*el-Eşbâh*, Hamevi haşiyesi ile), II, 210.

Bu prensibe bina edilen ibra meselesine gelince: Bir kimse borcunu ifâ ettikten sonra alacaklı borçluyu ibra etse, borçlu lehine rücu hakkı doğar. (*el-Eşbah*, aynı yer).

İmam-ı A'zam Ebû Hanife'nin koyduğu ve daha çok hanefî hukukçuların savunduğu bu prensip Mecelle'nin tadili ile ilgili çalışmalar münasebetiyle ağır tenkidlere konu olmuştur. Bu tenkidler ile bunlara verilen cevaplara örnek olmak üzere Seyyid Nesib imzası ile İstanbul'da Dâru'l-Hikmeti'l-İslâmiyyenin yayınları arasında 2 numara ile çıkan "*Fıkh-ı Hanefinîn Esâsâtı, Kıyas ve Deyn'e Müteallik Mesâ'il*" Şehzâdebaşı, Evkaf Matbaası, 1337-1338 adlı broşür zikredilebilir.

191 Karı koca birbirlerini bütün dava konularında ibra ederek ayrılsalar ve bu durumda kocanın karıya ait tarlada ekili tohumu ve orada kendisine ait eşyası bulunsa, bunlar bütün

Şurasını belirtelim ki a'yan'dan ibra sahih değildir, sözünü "eşya, ibra ile muhatabın mülkiyetine geçmez" şeklinde anlamak daha uygun olur. Yoksa "ibranın hiçbir hüküm ifade etmeyeceği" anlamı çıkarılmamalıdır. Zira bir kimse muhatabını zilyedliğindeki malından ibra etmişse şüphesiz bu o ayn'la ilgili "damân"ın düşmesi veya muhatabın ayn üzerindeki zilyedliğinin emanet kabilinden zilyedliğe (yed-i emane) dönüşmesini ifade eder. İzah edelim:

Bir mala ait zilyedlik ya emanet kabilindendir ki böyle zilyede yed-i emin; böyle bir zilyedliğe de yed-i emane denir. Bu mal yed-i eminin kendi şahsi kusuru olmadan telef olursa zarar ziyan eşyanın sahibine ait olur. Zilyed hakkında bir borç doğmaz. Yahut zilyedlik madmun'dur. Yani zilyed, o malı sorumluluğu kendisine ait olmak üzere elinde bulundurmaktadır. Eşya bizzat sahibinin elinde mazmundur. Yani telef olsa zararını kendisi çeker. Bunun gibi, satılan mal alıcıya usulüne göre teslim edilinceye kadar satıcının elinde mazmundur. Yani telef olursa zarar - ziyanı yeni malik olan alıcısına değil, henüz zilyedliğini devretmemiş bulunan satıcısına ait bulunur. Gasbedilen mal da gasbeden şahsın elinde mazmundur. Yani gasbedenin elinde gasbedenin kusuru olmadan da telef olsa yine zarar ziyan gasbedene aittir.[192]

6- Cayılmış (ikale edilmiş) alım-satım akdinde ödenen fiat (bedel) borcu, selem akdinde kararlaştırılan peşin bedel (sermaye) ile sarf bedeli ve karz borcu hariç -çünkü bunlar ya bizzat muamelenin tabiatına aykırı düşmekte veya faiz muamelesi olmaktadır- bütün borçlar prensip olarak va'delidir; fakat ayn'ın va'deli olması sözkonusu değildir. Zira ayn'da va'denin bir faydası, dolayısıyla bir manası yoktur.[193]

7- Yukarıdaki maddede sayılan dört şey hariç diğer bütün borçlar va'deye bağlanabilir. Bu dört şeyden karz borcunun va'deye bağlanabilmesi için şu çarelerden birine başvurulabilir;

---

davalardan ibra şeklinde vaki ibra kapsamına girmez ve koca mahsulü kaldırma ve tarladaki diğer eşyasını alma hakkını muhafaza eder. Karı mani olmak isterse dava edebilir. (*Eşbâh*, II, 210: *Kınye*, *Müdâyenât*'a atfen).

192 Hamevî, age. II, 210-211. Ayrıca Krş. *Eşbâh*, I, 182; "el Harâc bi'd-Damân" Kaidesi.

193 *Hidaye*, VI, 448; Hamevî, II. 209-210.

a) "Karz va'desiz bir akittir ama akit bitip zimmete borç haline geldikten sonra karz da her borç gibi otomatikman va'deli borç haline gelir" şeklindeki Maliki görüşü benimsenir.

b) Alacak, bir başka kişiye va'deli olarak havale edilir.

c) Şaf'i içtihadında olduğu gibi, alacaklı alacağını belli bir süre için almamaya nezreder.

8- Va'deli borç va'desiz hale gelmez. Sadece borçlunun ölümü halinde borç muacceliyet kesbeder.

9- Zimmetteki borç alınmadan muayyen hale gelmez. Dolayısıyla bir kimseden aynı sebeple alacaklı olan iki kişinin müşterek alacağı kişinin zimmetinde kişiler hesabına ayrı ayrı muayyen hale gelemeyeceğinden müşterek alacaklılardan hangisi tahsilatta bulunsa, tahsil ettiği malda alacaklı ortağının alacağı oranında hakkı vardır. Modern hukuktakinin aksine olarak "ben alacağımı aldım, sen de alacağını al" diyemez. Bu husus "zimmetteki borç taksimi kabil değildir" şeklinde de ifade edilebilir. Müşterek alacaklılardan herhangi birisinin kendisine ait alacak payını ibra edebileceği kabul edilmiş olduğuna göre haddi zatında zimmetteki borcun bölünebilirliği teorik olarak kabul edilmiş bulunduğundan konuyu bazı İslam hukukçularının izah ettikleri gibi müşterek alacaklıların aynı sebepten doğan haklarını birbirinden farklı şart ve zamanlarda tahsil etmelerini adalet ve hakkaniyet ilkeleri ile bağdaşmaması düşüncesiyle tefsir etmek daha yerinde olacaktır. Nitekim Tebyinu'l-Haka'ik sahibi Zeyla'î, konuyu müşterek alacaklıların borçluya karşı mutalebe külfetlerinin ayrı ayrı olması sebebiyle îzah etmektedir.[194]

e) Kamu Malları - Özel Mallar

Malların bir de mallarla ilişkisi olan kimseler açısından "özel mallar" (el-Emvâlu'l-Hassa) ve "kamu malları" (el-Emvâlu'l-Amme) diye ayırımı vardır.

1- Özel mallar, özel mülkiyete konu olabilen mallar olup sahibinden başkasının bu malda tasarruf hakkı yoktur.

---

194 El-Hafîf, Ali, age. II, 18-19; Hamevî, II, 209-212; *Eşbâh,* II, 209-212. Ayn ile deyn arasındaki farklardan bir kısmını açıklayan bu dokuz maddelik bilginin tamamı diğer kaynaklarla karşılaştırmalı olarak Hamevî, *Hâşiyetul-Eşbâh,* II, 209-212'den alınmıştır.

2- Kamu malları hiç kimsenin özel mülkiyetine girmiş olmayıp kamu'nun ihtiyaç ve yararına ayrılan mallardır, izah edelim:

Eşya ya tabiatı gereği edinmeye (hiyazat) yani kişinin tasarrufu altına almasına elverişli durumdadır veya değildir.

a) Hava ve deniz gibi şeyler edinmeye elverişli olmayan eşyaya misal teşkil eder. Bunlar hiçbir suretle mülkiyete, dolayısıyla akitlere konu olmaz. Onun için de konumuzun dışında kalır.

b) İnsanın tasarrufu altına alabildiği eşya, edinmeye elverişli eşyadır. Bunlarda ikiye ayrılır.

Bir kısmı kişi mülkiyetindedir, bir kısmı değildir.

Özel mülkiyete geçmemiş olanlar da ikiye ayrılır:

a) Aslında özel mülkiyete konu olabildiği halde henüz kimsenin olmamış olan şeyler: Av hayvanları, ormandaki odun ve mevat arazi gibi.

b) Hukukça (şer'an) toplum fertlerinin ortak ihtiyaçlarına ayrıldığından dolayı özel mülkiyete esasen konu olmayan şeyler: Bu tür şeylere kişiler sahip çıkıp kendilerine mal edinmeye kalkışamazlar. Büyük akarsularla yeraltı suları, umumi yollar ve köprüler, bu kategoriye giren mallara misal teşkil eder.

İslam Hukukçuları (fukaha)nın mubah adını verdiği şeyler (mubahat), özel mülkiyete girmemiş bulunan işte bu iki kategorideki şeylerdir.[195]

Buna göre, İslam Hukuku İstılahında mubah deyimi, iki çeşit mubahı içine almaktadır.

1- Elde edilmesi ve mülkiyete geçirilmesi mubah olan şeyler.

2- Yararlanılması mubah olan ve fakat mülkiyete geçirilmesi caiz olmayan şeyler.

Bunlardan birinci gruba giren şeyler hukuki (şer'i) usul çerçevesinde elde edilmekle özel mülkiyete girer ve kim elde etmişse onun mülkü olur. İkinci gruba girenler ise özel mülkiyete konu olmaz. Bunların özel mülkiyete girmemesi, hava ve deniz misalinde olduğu gibi tabiatları gereği değil, kamu ihtiyaç ve yararı ile ilgili olduğu için hukukun gereğidir.

195 Mecelle md. 1234-1238.

Bu iki gruba giren şeyleri birbirinden ayıran hukuki özelliklerini şu iki kurala irca etmek mümkündür:

– Yol, köprü ve ibadethane gibi toplumun ihtiyacı bizzat aynları ile ilgili şeylerin kendileri haram, yararları mubahtır.

– Av hayvanları, ormandaki ve kırdaki ağaç ve odunlar gibi toplumun ihtiyacı, cinsleri ile ilgili bulunan şeylerin cins varlıklarını korumak şartı ile, bunların ayn'ları da mubahtır. Bu kurallara ve genel prensiplere dayanarak şöyle diyebiliriz:

"Aslında herşeyin özel mülkiyete konu olması kaidedir."

"Ancak, ya hava ve deniz gibi tabiatları gereği yahut, yollar, köprüler, otlaklar ve benzeri kamu ihtiyaçları gibi hukuk gereği edinilmesi mümkün olmayan şeyler özel mülkiyete konu olmaz".[196]

Ortak Mübahlar

Eşya hakkında genel kaide bu olmakla beraber, bazı şeyler hakkında Hz. Peygamber (s.a.v.)'in hadisine dayanılarak daha özel hükümler öngörülmüş ve hukukan bütün insanlara ortak bir şekilde mübah kılınmıştr. Bunlar, su, ot ve ateştir.

Su

Su başta insan olmak üzere hiç bir canlının onsuz edemeyeceği bir hayat şartıdır.

Su, "gayri mahdut miktarda şahısların istifadeye iştirakine" elverişli olup mesela "aynı su bir değirmen döndürür; bir sına'i teşebbüsü besler; tarla ve çayırların sulanmasına yardım eder! fabrikalar kirli sularını bunlara akıtırlar; burada halk avalanabilir ve diğer birçokları gibi herkes buradan su alma hakkına sahiptir."[197] Ve su, su olması için insan eli karışmamış ve emeği katılmamış hazır tabii nimettir.

---

196 Krş. el-Zerkâ, age. III, 223.

197 "Roma hukuku ve bu hukuktan gelen telâkki eşya üzerinde ve dolayısıyla kaynaklar üzerinde ferdî mülkiyet esasını mutlak bir şekilde kabul etmekte ise de bunun karşısında Cermen Hukuku ve kısmen de İslâm Hukuku suyun umumî istifadeye tahsisi lâzım geldiği fikrinden hareket etmektedirler. Muasır cereyanlar ise bu mevzuda Roma Hukuku esaslarından uzaklaşmakta ve suların umumun istifade edeceği bir servet olarak ele

Bu ve benzeri özellikleri sebebiyledir ki su ve benzer özellikler gösteren öteki bazı şeyler, diğer eşyadan farklı hukuki düzenlemelere konu edilmek durumundadır.

İslam Hukukunun bu hususta suyun özelliğine uygun bir düzenlemeye gittiğini görüyoruz. Nitekim az önce işaret ettiğimiz gibi Hz. Peygamber (s.a.v.): "İnsanlar üç şeyde ortaktır: Su, ot ve ateş." buyurmak suretiyle suyun hukuki durumunu açıklamıştır.[198]

Serahsi (490/1097) den İbni Abidin (1252-1836)'e kadar bütün İslam Hukukçuları hadiste bildirilen bu ortaklığı "ibaha ortaklığı" (şirketu'l ibaha) olarak açıklamışlar, bunun bir "mülkiyet ortaklığı" (Şirketu'l Milk) olmadığına dikkat çekmişlerdir.[199]

Herkesin suda ortaklığı, kaynağında ve yatağındaki su ile ilgilidir. Sahipli yanı özel mülkiyetteki bir arazide de olsa, kaynağındaki suda herkes ortaktır. Hiç kimsenin özel mülkü değildir. Bu suda herkesin "hakk-ı şefe"si vardır. Hakk-ı (şefe) içme, hayvanlarını sulama, yıkanma ve benzeri maksatlarla sudan yararlanma hakkıdır.[200]

Kaynağın bulunduğu yerin sahibi isteyenlerin bu ihtiyaçlarına yetecek kadar suyu araziye girip almalarına engel olamaz. Şayet arazisine girmelerini istemiyorsa, bu onun hakkıdır ama bu takdirde ihtiyaçları kadar suyu çıkarıvermekle yükümlü olur. Arazi sahibi yakın çevrede başka mubah su yoksa ihtiyaç sahiplerinin bu haklarına engel olamaz.[201]

---

alınması fikrine temayül etmektedir." (İmre, Zahid, *Kaynak Mülkiyeti ve Kaynak Hakkı,* İ.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, XVI, 3-4, s. 900).

198 *Ebû Dâvud*, Büyü', 62; *İbn Mâce*, Ruhun, 16; *Ahmed b. Hanbel*, V. 364.

199 "Şirket-i milk" Mecelle'de tarif edilmiştir. Madde 1060. Kısaca "bir mal üzerindeki mülkiyet hakkının birden çok kimseye ait olmasıdır." Krş. Oğuzman-Seliçi, age. s. 298. "Şirket-i ibâha" ise Mecelle'de 7 faslı ihtiva eden bir bab içinde (1234-1307. maddeler) özellikle birinci faslında (1234-1247. maddeler) açıklanmışsa da tarif edilmemiştir. Serahsî XXIII, 161 delâletiyle ve yukarıdaki şirketi milk'e ait tariften de yararlanarak şöylece tarif etmek mümkündür: "Şirket-i İbâha yani bir şeyin mubahlığı, o malı edinme ve ondan yararlanma hakkının birden çok kimseye ait olmasıdır."

200 Mecelle md. 1263; Serahsî, *Mebsut*, XXIII, 165; İbn Abidîn, V. 208.

201 Mecelle md. 1267; Serahsî, *Mebsut*, XXIII, 165; İbn Abidîn. V, 208.

Su bir kaba (kova, sarnıç, havuz, depo) alınarak ihraz edilince sahibinin özel mülkiyetine geçer. Çünkü ihraz, mülkiyetin sebeplerindendir.[202] Böyle kaplara doldurularak ihraz edilmiş sular hariç, hiç bir su özel mülkiyete konu olamaz.

Akarsuları özel ve genel diye ikiye ayırmak mümkündür:

a) Sahipli bir araziden çıkıp açık arazide akan sular ile büyük akarsulardan alınıp ark ve kanallar yolu ile dağılarak belirli kişilerin arazilerinde tükenip kaybolan ve deniz gibi bir sona ulaşıp dökülmeyen akarsuları özel akarsular diye tarif edebiliriz.[203]

Bu suların ark ve kanallar olarak yatakları genellikle sahipli olduğu ve çoğunlukla arazilerini bu sulardan sulayan kimselerin özel mülkiyetinde bulunduğu için bu akarsulara “mülk akarsular”da denmekte ise de,[204] bu isim bu ark ve kanallarda akan su ile ilgili değil, suyun içinde aktığı ark ve kanallarla ilgilidir.[205]

202 Mecelle md. 1248.

203 Krş. ez-Zerkâ, age. III, 223, Ebû Zehra, age. s. 77-78; Mecelle md. 1239-1267.

204 Mecelle 1239 ve 1267’de “enhar-ı memlüke..” tabiri geçiyor.

205 Schacht ve Ez-Zerkâ sulama ark ve kanallarındaki suların - arazilerini bu sudan sulayan kimselerin mülkiyetinde olduğunu, başka bir ifade ile tarifimizdeki özel akarsuların mülk sular kolduğunu ifade ediyorlarsa da (Bkz. Schacht, Joseph, *An Introduction to İslamic Law*, Oxford 1964 baskısından New Delhi 1975 ofset, p. 142; ez-Zerkâ, age. III, 223) bu telâkkileri özellikle bu iki müellifin dayandığı Hanefî içtihadındaki telâkkiye uymamaktadır. (Bkz. Ebû Zehra, age. s. 78-80; Serahsî, *Mebsût*, XXIII, 161-165). Bu iki değerli müellifin bu telâkkilerinin Mecelle’deki “Enhar-ı memlüke” tabirine (md. 1239, 1267) veya kanaldaki sulama suyunun bir bakıma ihraz edilmiş su olduğu nokta-i nazarına dayandığı düşünülebilirse de Mecelle’deki mubah malların özellikle suyun ihrazına dair tarif ve şartlar (md. 1248-1251) ile kanaldaki suyun, arkası kesilmemiş su olduğu dikkate alınırsa, bu akarsuları ihraz edilmiş olarak görmek ve dolayısıyla mülk olarak kabul etmek uygun olmaz. Gerçi bu iki müellif bu sulara mülk sular demekle beraber ayrıca herkesin bu sularda hakkı şefesi vardır, diyorlar. Bu itibarla “bu sular mubah sulardır - ancak hakk-ı şirb sadece çevredeki belirli arazilere aittir, herkesin ise bu sulardan hakkı şefeleri vardır” demekle aynı neticeye varır gibi görünür ise de bir şeye ne kadar takyidler konulursa konulsun onun mülk olması ile mubah olması arasında birçok konularda önemli farktı hükümler doğacağından, biz, “bir kaba alınarak ihraz edilmiş” sulardan başkasına mülk değil mubah demenin daha doğru olduğunu kabul ediyoruz. Zaten her iki müellif de suyun ancak bir kaba alınarak ihraz edildiği zaman özel mülkiyete alınmış olacağını kabul etmekte ve öyle anlaşılıyor ki, kanallardaki suyun mülkiyetini de ihrazın bir tefsiri olarak sahiplerinin mülkü saymaktadır. Esasen su hakkında

Bu özel akarsularda da tıpkı kaynağındaki sular gibi herkesin hakkı şefesi; bu su ile arazilerini sulayagelenlerin ise herkese ait olan hakk-ı şefeye ilaveten hakk-ı şirbleri vardır. Hakk-ı şirb, yukarıda irtifak hakları münasebetiyle zikredildiği gibi, özellikle tarım arazisini sulama hakkıdır.[206]

Şuf'a hakkının doğmasına sebep olan irtifak haklarından hakk-ı şirb bu nevi sularla ilgili bir haktır.[207]

b) Dicle, Fırat, Nil, Tuna ve Tunca gibi içinde gemilerin yüzebildiği büyük nehirlerle gemilerin yüzebildiği büyüklükte olmasa da suladığı arazilerde tükenmeyip deniz ve kır gibi bir sona ulaşan akarsuları genel akarsular diye tarif edebiliriz.

Genel akarsularda herkesin her türlü yararlanma hakkı vardır. Herkes bu sulardan hava ve güneşten yararlandığı gibi yararlanır. Cadde ve umumi yollardan yol olarak yararlanmak isteyen hiç kimseye engel olunamadığı gibi bu sulardan yararlanmaya da kimse engel olamaz. Herkes bu sulardan avlanabilme ve kullanabilme haklarına ilaveten kanallar açarak dolaplar kurarak veya pompa ve benzeri yollarla arazisini sulama veya tesisini besleme vb. haklara sahiptir. Bu büyük sulardan yararlanmanın bir tek takyidi var: Zarar vermemek. Çünkü mübahlardan istifade zarar vermeme şartına bağlıdır. (Mubahlardan yararlanırken zararlı bir iş yapan kimseye herkesin müdahale (davacı olma) hakkı vardır.[208]

---

ihraz ile doğacak mülkiyet hakkının suyun müşterek mubahlığı kaidesinden bir istisna olduğu düşünülürse, sudaki mülkiyet hakkını zaruri hallerin dışına yaymak uygun düşmez. Suyun müşterek mubahlığı karakterini teyid etmesi bakımından son olarak şunu da ilave edelim ki, su, ihraz ile mülkiyete alınmış olsa bile ondaki müşterek mubahlık vasfının devam ettiği şüphesinden dolayı, hırsızlık suçu teşkil edecek değerde bir miktar çalınmış olsa bile suyu çalana hırsızlık cezası (hadd) tatbik edilmemektedir. (Krş. Ebû Zehra, age. s. 78-80) Serahsî. XXIII, 161-165; *Mu'cemu Fıkhî'l-Hanbelî*, s. 920.

206 Serahsî, *Mebsut*, XXIII, 164; Ebû Zehra, age. s. 76; ez-Zerkâ, 111, 223, Schacht, age. s. 143.

207 Serahsî, *Mebsût*, XXIII, 164; ez-Zerkâ, 111, 224.

208 Mecelle md. 1254; Ebû Zehra, age. s. 77 ez-Zerkâ, age. III, 224; Kâsânî, *Bedâyi'*, VI, 192.

Nasıl umumi yollardan yararalanma hakkı, "bişarti's-Selâme" yani kimseye zarar vermeme şartına bağlı ise ve meselâ yolun ortasına eşya doldurup işgal ederek veya yolda çukur açıp tahrip ederek veyahut normal kullanma biçimine uymayarak ve meselâ gidiş istikametini takip etmeyip ters şeritten giderek ihlâl etmek suretiyle kullanılamazsa, bu umumî sular da öyle-Kâsânî, İmam Ebû Yusuf'tan tipik bir mes'ele naklediyor: "Büyük bir nehir olan Merv nehri ile ilgili olarak Ebû Yusuf a soruldu: "–Bir kimse Merv'in yu-

Ot

Su gibi ot da ortak mubahlardandır. (Mecelle md. 1234)

Otun mübah olması meselesini de önce, meydana gelmesinde insan emeğinin karışmadığı hazır tabii nimetlerden olma özelliğinde aramak gerekir. Ot da su gibi Allah vergisidir. Bunları kimse ekip dikmemiş; sulayıp yetiştirmemiştir. Ayrıca ot da su gibi zaruri ihtiyaçlardandır. Su, ot ve ateşin temsil ettiği tabii nimetlerin kaynak mülkiyetine konu edilmediği dünyada insan, asgari hayat şartına sahip olur. Aksine bu nevi maddelerin kaynak mülkiyetine konu edildiği dünyada insan, en azından teorik planda hayat şartını kaybeder.

İşte ortak mubahlar bu açıdan değerlendirilince bunların "ortak" olma mahiyeti daha doğrusu insanların bunlarda "ortak" olmaları meselesi kolayca anlaşılır. Mülkiyetin iktisabı bahsinde tafsilatını göreceğimiz gibi, dünya nimetlerinden bütün insanların istifade edebileceği ve bu sayede ahiretleri ile ilgili sonlarını kendi tercihleri ile hazırlayabilecekleri bir hukuki ortam meydana getirmek istiyen İslam Hukuk Sistemi, insanların onlarsız edemeyeceği, üstelik, meydana gelmesinde insan el ve emeğinin katılmadığı ve su, ot ve ateşle temsil edilen zaruri nimetleri kaynak mülkiyeti dışında tutmuştur.

Şayet meydana gelmesinde ekme, sulama ve etrafını hendekle çevirme gibi bir faaliyetle insan emeği katılmışsa, tabiidir ki bu takdirde ortak mubah olmaktan çıkacaktır (Mecelle md. 1241)

Otun sahipli yerde bitmiş olması ile sahipsiz yerde bitmiş olması arasında prensip olarak fark bulunmamakla beraber, şayet otun bulunduğu arazi sahipli ise, arazi sahibi, başkasını kendi mülküne sokmama hakkına sahiptir. (Mecelle md. 96; Kanuni Arazi md. 10, 99).

Ancak, bu takdirde, çevrede başka mubah ot yoksa, arazi sahibi tıpkı su gibi otu da dışarı çıkarıvermekle, teorik olarak mecbur kabul edilir. Buna teorik olarak deniliyor, çünkü ot tabiatı gereği sudan farklıdır. Su normal olarak kuyu veya pınar şeklinde arazinin bir noktasından çıkarken ot, bütün bir ara-

---

karı kesiminde bir yer ihya etse ve Merv nehrinden arazisine kanal açarak arazisini sulasa caiz olur mu? Ebû Yusuf şu cevabı veriyor: "–Eğer Merv halkı bundan zarar görmeyeceklerse olabilir. Zarar görmedikleri takdirde buna engel olamazlar." (*Bedâyi*, VI, 192).

zi yüzünde yaygın halde biter ki sahipli yerde bitmişse normal olarak çevredeki sahipsiz yerde de biter.

Geriye bir mesele kalıyor: Otun bulunduğu arazi sahiplidir. Arazi sahibi bu durumda başkasını kendi arazisine sokmayabilir. Fakat, bu durumda, bir kimse, başkasının yerine sahibinin izni ve haberi olmadan veya bir başka vesile ile araziye girerek otu biçer alırsa ortaya nasıl bir hukuki durum çıkar?

1- Şayet otlar, tarif edildiği gibi sulama veya etrafını çevirme gibi bir yolla sahibinin sebep olması (tesebbüb) ile yetiştirilmiş otlarsa, biçilen ot tazmin konusu olur. (Mecelle md. 1241)

2- Otlar, arazi sahibinin sebebiyeti olmaksızın kendiliğinden bitmiş (hudayi nabit) olursa o takdirde otu biçip alana tazmin gerekmez. (Mecelle md. 1241) Çünkü bu durumda ot mubahtır ve mubahtan herkes intifa edebilir. Herkes mübahı alıp istihlak edebilir (md. 1254)

Kanuni Arazinin miri çayır ahkamını düzenleyen onuncu maddesi bu açıdan değerlendirilince, bu maddenin, ortak mübahlarla ilgili İslam Hukuku prensibine (Mecelle md. 1234) aykırı bir hüküm ihtiva etmediği anlaşılır.[209]

Ateş

Burada söz konusu olan ateş, kimseye ait olmayan meydanlıkta yakılan ateştir. Bu ateş, maddesi itibariyle sahibinin mülküdür. Ateşten, sahibinden başkasına da mubah olan, başka bir ifade ile sahibinden başkasının ateşteki ortaklığı ısınma ve aydınlatma ile ilgilidir. Ortalıkta yanan ateşin alevinden, başkaları da, aydınlığında kitap okuma ve dikiş dikme gibi biçimlerde yararlanabilir. Bu ortaklık, ateşten kor alma hakkını ihtiva etmez. Çünkü bilindiği gibi tutuşmuş kömür demek olan kor sahibinin mülküdür. (Mecelle md. 1261)

Ateşin ortak mubah olmasının bu izahı, daha çok hukuki izahtır. Fakat ateş, ortak mubahların dayandığı temel felsefe açısından ele alındığında görülür ki, hazır tabii nimetlerden insanlar için hayat şartı mertebesinde zaruri olan ihtiyaç maddelerinin bir temsilcisidir. Ancak bir Peygamber'in formüle

209 Krş. Ali Haydar, *Şerhi Cedid li-Kanûni Arazî*, 10 uncu madde şerhi, s. 71. v.d.; Halis Eşref, *Külliyatı Şerhi Kanûni Arazi*, İstanbul 1316, aynı madde şerhi, s. 140 v.d.

edebileceği tarzda, zaruri ihtiyaç maddeleri, üç dört temsilci ile ifade edilmiştir: Su, ot, ateş, tuz.

Suyu içme ve kullanma suyundan su gücüne kadar; otu hayvan otlatmaktan orman servetine kadar; ateşi basit ısınma ve aydınlanmadan her çeşidi ile enerjiye kadar; nihayet tuzu çorbanın tuzundan her türlü madenlere kadar uzatarak, insanların bu tabii (ilahi) nimetlerden ortak yararlanmaları gerektiği fark edilebilir.

ea) Özel Malların Kamu: (Kamu Mallarının Özel'e Dönüşmesi)

Özel mallar şu durumlarda kamu malı karakterini kazanır:

1- Sahiplerinin irade ve tasarrufu ile: Cami ve mezarlıklar gibi. Bunlar vakfedilmeden önce çoğunlukla sahibinin mülkiyetinde özel mal iken, bu hizmetlere tahsis (vakf) edildikten sonra artık kamu yararına tahsis edilmiş; kamu karakteri kazanmıştır.

2- Hukuki bir yolla: Hükümetlerin yol, hastane ve benzeri kamu hizmetleri için, özel mülkleri istimlak etmesi ile bu özel mülkler tahsis edildikleri hizmetin karakteri sebebiyle kamu karakteri kazanmış olur.

Buna karşılık kamu malları da özel mala dönüşebilir: Mesela vakıf bir hastane, günün şartlarına göre hastane için daha elverişli yeni yer ve binasına taşınmak üzere eski yer ve binasından ayrılacağı için, -parası yeni tesislerde veya benzeri hizmetlerde kullanılmak maksadıyla vakıfta muhafaza edilmek üzere- satılırsa, satılan vakıf hastane yer ve binası artık kamu karakterli bir mal olmaktan çıkıp özel bir mal olur. Aynı durum devlet malları için de söz konusudur.

eb) Kamu Mallarının Çeşitleri:

Kamu mallarını, tahsis edildikleri amaçlarına göre üçe ayırmak mümkündür:

1- Dini veya hayati bazı ihtiyaçları karşılamak üzere kamunun istifadesine bizzat kendileri (ayn'ları) tahsis edilmiş mallar: Camiler, mezarlıklar, yollar, köprüler, hastaneler, parklar, okullar ve diğer kamu hizmet kurumları, meskun yerler çevresindeki otlak (mer'a), harman yeri ve baltalık olmak üze-

re terk edilmiş bulunan yerler de kamu karakterli mallardandır. (Mecelle md. 1281)

2- Bir kamu kuruluşunun giderlerini karşılayacak bir gelir kaynağı olmak üzere tahsis edilen mallar: Vakıf ve devlet çiftlik ve işletmeleri bu nevi mallardandır.

3- Kamu malı oluşları, kamunun bu mallara doğrudan ihtiyaçları sebebiyle değil de yine bir kamu ihtiyaç ve hizmetinde kullanılmak üzere "vakıf" ve "hazine" gibi bir kamu kuruluşu emrinde bulunduğu için "kamu malı" karakterini taşıyan mallar: Geliri belirli hayır yerlerine sarfedilmek üzere vakfedilen vakfa ait gelirler, hazine gelirleri ve mevat arazi bu nevi malları oluşturur.

Üç maddede topladığımız bu malları ayrı ayrı inceleyelim:

1- İlk iki kısımda yer alan kamu mallarının rakaba (çıplak) mülkiyeti tedavüle konu olamaz. Bunlar özel mülkiyete konu olmadıkları için temliki tasarruflara konu edilemezler. Ne var ki yetkili kimseler hukuki sebeplerle bunların kamu malı olmaktan çıkarılıp özel mal haline gelmesini hukuka (şeri'at) uygun şekilde karar verirlerse o zaman bunlar kamu malı olmaktan çıkacağı için özel mülkiyete konu olabilir. Mesela bir devlet yolunun, güzergahı değişse veya şehir imar planında yapılan bir değişiklikle, eskiden cadde veya sokak olan bir yer arsa haline gelse, eski yol, cadde veya sokağa artık ihtiyaç kalmadığından, bunların hazine adına özel şahıslara satılarak özel mülkiyete geçmesi gibi; bir vakıf akar'ın da haklı bir sebeple satılması veya değiştirilmesi halinde yine kamu malı özel mal haline gelip özel mülkiyete konu olur. Ancak, mescit yerleri bu hükümden istisna edilmiştir. Bir yer camiye tahsis edildikten ve orada cami yapılıp ibadete açıldıktan sonra artık hiç bir sebep o yeri cami yeri olmaktan çıkarmaz. Harab olan cami binasının enkazı meselesinde İmam Muhammed'in farklı görüşü var: Bunların ya başka bir camide kullanılması yahut satılıp parasının başka hizmette (yine ibadethane hizmeti) kullanılması mümkündür. Camiye vakfedilen halı, kilim gibi eşya ise bir camiden diğerine aktarılabilmektedir.[210]

---

210 İbnu'l-Humâm, *Feth*, VI, 236-237.

2- Üçüncü gruba hayri vakıfların gelirleri ile hazine gelirlerine ve mevat araziye gelince, amaçları gereği, bunlarda tedavül mümkündür. Bunlar yetkili yöneticilerinin elinde özel şahısların elindeki mallar gibidir. Her türlü haklar ücretler ve diğer borçlar alacaklılarına (mustahık) bu gelirlerden usulüne göre ödenebilir. Hukuki bir istihkak olarak bu mallardan kime ödenmişse ödenen o mal onun hakkı olur. Ve ona malik olur. Çünkü bu mallar, hak sahiplerine bu yolla ödenmek üzere tahsis edilmiştir. Bu cümleden olmak üzere devlet başkanının izni ile bir kimse bir mevat araziyi ihya etse o yere malik olur.[211]

Bunun hukuki izahı şudur: Bu nevi mallarda mevcut kamu yararı manası bu malların maliyet ve kıymetleri itibariyledir, yoksa varlığını ve dolayısıyla gelirini sürdürmesi için aynlar itibariyle değil.

ec) Malın bu "kamu" ve "özel" taksiminin pratikteki değeri.

Bu ayrımın uygulama değerine bir ölçüde, bazı örnekler verirken temas etmiş olduk. Bunların uygulamadaki semerelerini genel bir anlamda şöylece sıralayabiliriz:

1- Tedavül kabiliyeti: Özel mallar tedavüle, dolayısıyla mülkiyet geçirici akitlere konu olabilir; kamu malları olamaz.

2- Hanefi içtihadında gasıb, gasbettiği ve sonradan elde ettiği malın elinde bulunduğu müddet içindeki menfaatlerini kaide olarak tazminle mükellef olmaz. Ama bu kaideden vakıf mallar müstesnadır. Yani gasbedilen mal vakıf malı ise menfaatleri de ödetilir.[212]

3- Özel malda sahibi müdahaleye göz yumabilir. Gasb ve itlaf gibi haksız fiillerden doğan zararda sulb ibra ve benzeri tasarruflarda bulunabilir. Fakat kamu mallarında buna bizzat Devlet Başkanı bile yetkili değildir.[213]

4- Genel akarsulardan "şirb" hakkına sahip olmak şuf'a hakkı sebebi değildir. Halbuki özel sulardan şirb hakkı aynı zamanda şuf'a hakkı sebebidir.[214]

---

211 Mecelle md. 1272. Mülkiyet bölümünde göreceğimiz gibi ihya edilen mevai arazinin "rakaba" mülkiyeti tartışmalıdır.

212 Kâsânî, *Bedâyi*, VII, 154; Mecelle md. 596-599.

213 Kâsânî, *Bedâyi*, VI. 41.

214 Mecelle md. 1008.

5- Borç sebebiyle kaza'i haciz özel mallarda caiz iken Devlet emlakinde caiz değildir.[215]

6- İktisabi murûru zaman (kazandırıcı zamanaşımı) noktasından:

İslam Hukukuna göre, özel haklarda iktisadi murûru zaman 15 sene ile sınırlandırılmıştır. Bir özel malın üzerinden 15 sene geçmiş ve zaman içinde mal sahibi bir talepte bulunmamışsa, dava dinlenmez. (Bu hükmün kaza'i olduğuna dikkat çekelim; çünkü, diyaneten bir iktisabi mururu zaman yoktur.

Hak sahibi kıyamete kadar da ahirette de hak sahibidir).[216] Fakat kamu mallarında iktisabi müruru zaman farklılık gösterir:

a) Bazı kamu malları vardır ki bunlarda zamanaşımı sözkonusu değildir. Bunlar bizzat kendileri kamu ihtiyaç, hizmet ve yararına "ayn"ları tahsis edilmiş kamu mallarıdır. Umumi yollar, büyük akarsular, otlak ve yaylalar vb.[217]

b) Diğer bazı kamu mallarında ise değişik müddetlerle iktisabi mururu zaman söz konusudur. Mesela akar veya menkul vakfın rakabe mülküyeti ile bu vakfın sahip olduğu ayni haklar ve hazine mallarında bu müddet 33 senedir. Sadece miri arazide 10 yıl olarak kabul edilmiştir.[218]

Burada son olarak şuna da işaret edelim ki baştan kamu malları ile bir arada mütalaa ettiğimiz vakıf mallar, bazen özel mal statüsüne de tabi olmaktadır. Mesela borç sebebiyle hacze konu olabilmekte; iktisabi zamanaşımı ile malik olunabilmektedir. Bu sebeple bu mallara M. Ahmed ez-Zerka'nın üstad Fethi Zaglül'a atfen dediği gibi, "ikisine de benzeyen mallar" (el-emval zatu'ş-şebeheyn) demek uygun düşer.[219]

B) Hak ve Hukuk

Mülkiyet eşyanın tabiatında mevcut bir şey olmayıp hukuk düzeninin meşru sebeplere bağlı izin ve benimsemesinden doğan bir hak olduğuna ve esasen mülkiyetin İslam Hukukundaki yerini araştırmayı üzerimize aldığımıza göre "hak" ve "hukuk" kavramları ile bunların bölümlerini ve mülkiyet hak-

215 ez Zerkâ, age. III, 230.
216 Mecelle md. 1660.
217 Mecelle md. 1675.
218 Mecelle md. 1662.
219 ez Zerkâ, age. s, 231.

kının İslam Hukuk sistemi içindeki yerini, diğer hukuk sistemlerindeki yeri ile bir karşılaştırmasını görmekte yarar vardır.

1) Hukuk

Kelime yapısı itibariyle "hakk"ın cem'i veya masdar olan hukuk kelimesi[220] iki ayrı manada kullanılmaktadır:

a) "Cemiyeti nizamlayan ve otorite müeyyidesi ile kuvvetlendirilmiş kaide ve metinlerin bütünü".[221] Burada "hukuk" kelimesi müfred bir kelime gibi kullanılmaktadır.Hukuk kelimesinin bu manada kullanılması oldukça yenidir.[222] Bu tabirin İslam Hukukundaki "fıkıh" karşılığı mı "şeri'at" karşılığı mı yoksa "ahkam" karşılığı mı olduğu tartışmalıdır.[223] Bu terimlerin delaletleri dikkate alındığında "Batı Hukuku" veya "Roma Hukuku" gibi genel anlamdaki "hukuk" deyiminin "şeri'at"ı, "Medeni Hukuk", "Ceza Hukuku" ve "Eşya Hukuku" gibi özel anlamda "ahkam"ı karşıladığı; "fıkıh" teriminin ise hem "ahkam" hem "şeri'at" manasındaki "hukukun ilmi" anlamına geldiği söylenebilir.

b) Hukuk düzeninin benimsediği haklar anlamında. Burada kelime, hak kelimesinin çoğulu olarak kullanılmış olmaktadır. "Hukukullah" (Allah hakları), "hukuku ibad" (kul hakları), velayet ve vesayet hakları ve mülkiyet hakkı bu anlamdadır.[224]

2) Hak

a) Kavram

Arapça bir kelime olan ve *h-k-k* kökünden gelen hak kelimesi masdar, sıfat ve isim olup dolayısıyla çeşitli manalarda kullanılmaktadır. En genel anlamda masdar manası "sübut" diye ifade olunur,[225] ise de "hak" kavramının

---

220 Krş. Atay, Hüseyin, *İslâm Hukuk Felsefesi*, Ankara 1973, s. 57, et-Tehânevi, M. 'Alâ' (1745). *Keşşâfu İstilâhati'I-Funûn*, I, 360; *Buhârî*, Abdulaziz, *Keşf*. IV, 134; Zemahşerî, Carullah (1075-1144), *Esâsu'I-Belâğa*, h-k-k md.

221 Krş. Velidedeoğlu, age. s. 203; ez-Zerkâ, age. III, 9.

222 Krş. Atay, age. s. 59.

223 Krş. Atay, age. s. 59; Ansay, age. s. 7; Musa, M. Yusuf, age. s. 7; Fyzee, Asaf, *A. A. Outlines of Muhammadan Law*, s. 7; ez-Zerkâ, III, 9.

224 Krş. ez-Zerkâ, age. s. III, 7 v.d.

225 Bkz. Zemahşarî, age. h-k-k md. Firuzâbâdî, *Kamus*, h-k-k md.; *Külliyât-ı Ebi'I-Bekâ*, Mısır 1953, s. 161; İbn Manzur, *Lisânu'l-Arab*, X, 49; Elmalılı M. Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, İstanbul 1936. IV, 2675.

özünde bir mutabakat manası vardır.[226] Bu mutabakat temelde ezhan - a'yan, enfüs - âfak; süje - obje mütabakatıdır. Kendisinde böyle bir mutabakatın bulunduğu şeye "hak" denir. Bu mutabakat çeşitli sahalarda olabilir:

Mutabakat söz sahasında ise vakı'a mutabık söze "sıdk" manasında olmak üzere "hak" denir ki mukabili "kizb"dir.

İçtihad konusundaki mutabakata "isabet" manasında olmak üzere "hak" denir ki mukabili hata olarak ifade edilir.

İradenin gayeye mutabakatı için de "hak" kelimesi kullanılabilir. Bu takdirde buradaki manası "hikmet" ve "adalet" manalarında kullanılmış olur ki mukabili "abes" ve "zulüm" olur.

İtikad sahasındaki mutabakatı ifade için kullanılan "hakk"ın mukabili "batıl"dır.

Bu örneklerde anlatılan mutabakata sırf tasnif maksadı ile[227] hareket nokta ve yeri belirtilirek enfüs-afak yani süje-obje mutabakatı denmektedir.

Bunun aksi yöndeki yani afak-enfüs; obje-süje mutabakatına ise "subut" veya "sabit" manasında olarak "hak" denmektedir ki mukabili "adem" (yokluk) ve madum (yok) dur.[228]

Merhum Elmalılı M. Hamdi Yazır'ın dediği gibi bunu batılıların ifadesi ile söylemek gerekirse bu iki yönlü mutabakat düşüncesine "verite" ve "realite" hak ve hakikat diyeceğiz. Birincisi süje'nin İkincisi "obje"nin vasfıdır; fakat yalnız birine bir vasıf olarak değil, birinin diğerine; obje'nin süje'ye veya süje'nin obje'ye mutabakatı bakımından. İşte hak ve hakikatin gereği bu iki yönün mutabakat ve beraberliği olduğundan dolayı "hak" şekil ve mana olarak her bakımdan var olma (subut) mevcut olma (vücut) diye tarif edilir ki bu da "varlığın gerekliliği" (vücubu vücud) demek olur.

Vucubu vücud ise ya lizatihi yani varlığı kendinden yahut ligayrihi yani varlığı başkasının irade ve fiili yani varetmesi ile olarak mütalaa edilebilir.

226 Taftâzânî, *Şerhu'l-Akâid*, İstanbul 1310, s. 19; Elmalılı, IV, 2675; et-Tehânevî, age. I, 360.
227 et-Tehanevî, age. I, 360; Seyyid Sened'e ait *Şerhu'l-Metâli'* haşiyesine atfen.
228 Elmalılı, IV, 2675.

Lizatihi vucubu vücud varlığı zatının gereği olup hiç bir bakımdan başka şeye muhtaç olmayan ve hiçbir noksanlık kabul etmeyen ezeli ve ebedi bütün üstün (kemal) sıfatları kendinde mevcut Vacib-Ta'ala'ya (Allah) mahsustur. Hak ismi şerifi esma-yı hüsnadan; O'nun güzel adlarındandır.

Hak Ta'ala gerek enfüs gerek afak'ın (sübjektif ve objektif olgular) -herhangi bir izafilik söz konusu olmaksızın ve müte'al (transcendent) manada- üstünde, onların uyum ve uygunluk (intibak ve mutabakat) noktalarına ve varlıklarına hakimdir. Bütün dereceleriyle "hak" O'nundur. O'ndan dolayıdır ve O'nun içindir.

Bütün enfüs ve afak'ın süje ve objelerin birbirine mutabakatı ile tahakkuku yani hakikat (realite) alemine çıkması hep onun irade ve hakimiyeti altındadır.

Yani gerçekler aleminde Alah'tan başka ne varsa hiç birinin varlığı kendi zatlarından dolayı ve kendileri için, kendileri gereği ve kendi hakları ile değil, ancak Hak Teala'nın icabı ve onun hakkı için mevcut ve dolayısıyla gerçekler aleminde mevcut (var) durlar. Kendi kendilerine yokluğa (helak) mahkum (halik ve batıl) oldukları halde, Allah'ın yaratması ile ve Allah için haktırlar. Bu itibarla vacibu'l-vucud ligayrihi yani Hak ligayrihidirler.

Hak Ta'ala'nın belirlediği ve adını koyduğu süre (eceli müsemma) ve belirlediği mikdar (mikdar, kader) ile nisbi (göreli) bir şekil ve manada hak ismini alırlar.

Her birinin belli bir sınırı (hudud); hak olma yönü ile ilgili bir gerçeği (hakikat) ve yekdiğerine karşı hakları (hukuk) vardır. Nitekim *"Biz gökleri ve yeri ikisi arasındaki diğer şeyleri başka değil, sırf bir hak ve belirleyip adını koyduğumuz bir süre (eceli müsemma) ile yarattık."* (Rum Süresi) manasına gelen ayet de bunu açıklamaktadır.

Hak kelimesinin çeşitli manalarda kullanılması da hak ligayrihi manasının muhtelif yönlerine aittir. Ve bütün manalarında hakkın mukabili batıldır ki -bir kısmını yukarıda açıkladığımız gibi- "mümteni" (olamazlık), "madum" (yok), "halik", "hata", "zulüm", "abes" ve boş manalarına gelir.

Vacib lizatihi manasına yani Allah Te'ala'nın esma-yı hüsnasından olan "Hak" isminin cem'i yoktur.

Diğer manalarda “hakk”ın cem’inin kullanıldığı yerlerde “haka’ik” denir.

Bir de “Hak”, “Vacibun leh” yani bir şeyin lehine olan vacib manasına gelir ki özel bir kullanma şekli olmakla beraber, önceki esas mananın furuundandır. el-Hakk ismi şerifi bunun da hem kaynağı hem teminatıdır.

Bu mananın cem’inde “hukuk” denilir ki mukabili “vacibun aleyh” veya sadece “vacib”, “vecibe” dir. Örfümüzde “vazife” dahi denir: Hak - Ödev.

Bütün hak ve hukukun merci’i olan Hak Te’ala “Vacib lizatihi” olduğundan O’nun hukuku vardır: Üluhiyyet ve Rububiyet (Tanrılık O’nun hakkıdır, Rabb O’dur). Fakat aleyhine vecibe ve vazife düşünülemez. *“Fa’al lima yurîd”* (yani ne isterse onu öylece yapar); *“Lâ yüs’elu ‘ammâ yef’al”* dir; yani yaptıklarından sorumlu olmaz.

Ne var ki *“ketebe ‘alâ nefsihi’r-Rahmeh, le-yecma’annekum ilâ yevmi’l Kıyâme”* “Allah rahmeti kendisine farz kıldı. Kıyamet günü O, sizi mutlaka bir araya toplayacaktır.” (Enâm Süresi, 12); *Va’de’llahi hakkâ”* yani “Allah’ın hak (borç) olmuş va’di olarak.” (Nisâ Sûresi 122); *“Ve-lev lâ kelimetun sebekat min rabbik”* Yani “Eğer Rabbinin geçmiş (yazılmış) bir yazgısı olmasaydı...” (Yûnus Sûresi (X), 19 ayetlerinde anlatıldığı gibi kendinin kendine vacip kıldığını -insanlara bir ibret ve ahlak dersi olmak üzere- bildirdiği hususlar vardır. Ve ancak bu mana ile kulların Allah üzerinde hakkı düşünülebilir. Bu istikamette ayetler, hadisler ve şer’i ifadeler vardır:

Meselâ,

“Mü’minlere yardım bizim üzerimize bir hak (borç) olmuştur.” (Rum Süresi, 47).

“Kulların Allah üzerindeki hakkı ise kulluk vazifelerini yerine getirdikleri takdirde onlara azab etmemektir”.[229]

İslam düşüncesinde kavramı bu derece köklü ve şumullü olan hak kelimesi yukarıda kaydettiklerimizden başka ez cümle:

229 *Buhârî*, Libâs, 101; Cihad, 41, İstihsân, 30, Rikâk, 37, Tevhid, 1; *Müslim*, İman, 48-51; *Tirmizî*, İman, 18.

Allah'ın yüce adlarından biri;[230] Allah'a mahsus;[231] Allah üzerinde bir borç;[232] Mal üzerinde bir hak;[233] Şahıslar üzerinde bir borç;[234] Şahıslara ait bir alacak;[235] Öncelik sırası;[236] Hukuki bir salahiyet;[237] ve Mücerred manada[238] olmak üzere geçer.

Hadisi şeriflerde de bu cümleden olarak:

Allah'ın kulları üzerindeki ve kulların Allah üzerindeki hakları;[239] Müslümanın sırf müslüman olması haysiyetiyle müslüman kardeşi üzerinde hakları;[240] Kişinin kişi üzerinde hakkı;[241] Hak sahibinin söz hakkı;[242] Ödeşme konusu;[243] Malda hak;[244] Haksız iktisap;[245] Başkasının hakkı;[246] Hakkın cem'i hukuk[247] olmak üzere çeşitli konu ve manalarda geçer.

İslam Hukuk alimleri de "hakk" kelimesini, "Şu işi yapmak" veya "Bu şeyi mülkiyetine geçirmek A'nın hakkıdır;[248] "A, B'den önce hak sahibidir"[249] gibi ifadelerle hukukan tanınan yetki ve iktidar manasında kullanmışlardır. Ayrıca bu kelime "Bu ev veya şu koyun A'nın hakkıdır".[250] gibi ifadelerle maddi

230 Nur Sûresi (XXIV), 25
231 Kasas Sûresi (XXVIII), 75.
232 En'am Sûresi (VI), 141.
233 Bakara Sûresi (II), 236.
234 Bakara Sûresi (II), 282.
235 Ma'âric Sûresi (LXX), 24.
236 Bakara Sûresi (II), 228.
237 Ma'ide Sûresi (V), 116.
238 A'râf Sûresi (VII), .181.
239 231 numaralı not'ta geçen kaynaklar.
240 *Buhâri*, Cenâ'iz, 2; *Müslim*, İslâm, 4-6; *Ahmed b. Hanbel*, IV, 443.
241 *Buhâri*, Menâkıb, 19; *Ahmed b. Hanbel*, IV, 443.
242 *Buhâri*, Hibe, 23-25, İstikraz, 4-13, Vekâle, 6; *Müslim*, Musâkat, 120; *Tirmizî,* Büyü', 73; *İbn Mace*, Sadakât, 15-17.
243 *Ahmed b. Hanbel*, III, 33.
244 *İbn Mâce*, Zekât, 3.
245 *Buhâri*, Cihad, 37; *Müslim*, İman, 222; *Tirmizî*, Diyât, 21.
246 *Müslim*, Akdiye, 4-5.
247 *Müslim*, Birr, 61; *Tirmizî*, Kıyâme, 2.
248 Kâsânî, Bedâyi, IV, 30, V, 4, VI, 254.
249 Kâsânî, *Bedâyi*, VI. 195.
250 Mergînânî, *Hidâye*, (Feth'ul-Kadir ile), VII, 368.

mallar; “Bu evde oturma (sükna) hakkı” veya “Şu ata binme hakkı A’nındır”[251] veya “Kiracının hakkı menfaatle ilgilidir; ayn’la değil. Mürtehinin hakkı ise ayn’dadır[252] gibi ifadelerle menfaatler, “Şu mal üzerinde velayet hakkı B’ye”[253] “Bu çocuğa bakma (hadane) hakkı A’ya aittir”[254] gibi ifadelerle kamu yararı (mesalih) konularında kullanılmıştır. Öte yandan menkul ve gayrimenkul bütün mallar mali ve sosyal bütün mallar ile mali ve sosyal bütün kamu yararı konularına; yerine göre subut, yerine göre ihtisas manalarında hatta bir ihtisas ve bir aidiyet manası taşıdığından “sulama hakkı” (hakkı şirb), “su geçirme hakkı” (hakkı mesil) ve “üst hakkı” (hakku’t-a’alli) gibi gayrimenkul irtifaklarına da hak denmiş[255] oldukları halde bu kelimenin hukuki tarifleri ile pek meşgul olmamalarını, “hakk”ın hukuki mahiyetinin de mutlak “hak” gibi vazıh (açık) olması ile izah etmek mümkündür. İslam Hukuk alimleri içinde hakkın tarifi ile gerçekten pek az kimse meşgul olmuştur. Buna mukabil İslam Hukuk alimleri “hak” ile ilgili pek çok konulara ait hükümleri en ince çizgileri ile işlemeye çalışmışlardır.

Biz bu çalışmamız esnasında hakkın tarifi ile meşgul olmuş İslam Hukuk alimlerinin Hicri 7. yüzyıldan eskiye gitmediğini,[256] o tarihten beri de hakkın tarifi ile meşgul olan belli başlı alimlerin sayısının ise çok olmadığını, bunların da daha çok lugavi[257] ve felsefi[258] açıklamalarda bulunduklarını hukuki

251 Kâsânî, *Bedâyi*, VII, 352.

252 Kâsânî, *Bedâyi*, V, 155.

253 Kâsânî, *Bedâyi*, V, 155.

254 Kâsânî, *Bedâyi*, IV, 41.

255 İbnu’l-Humam, *Feth*, VII, 40.

256 *Keşfu’l-Pezdevî* sahibi Abdulaziz Buharî (730/1330)’nin Ebu’l-Kâsım et-Tenuhîden (vefat tarihini tesbit edemedik fakat *el-Feva’idu’l-Behiyye*’nin bildirdiğine göre (s. 137) *Hidaye* sahibi Merginani (h. 593)’nin talebesi Kerderî’nin talebesi Hamiduddin ali ed-Darir’in talebesi olduğuna göre en az h. 7. yüzyıl fukahasından olduğunu kabul ediyoruz); *Keşşâfu Istılâhâti’l-Fünûn* sahibi et-Tehânevî’nin el-Bercendi’ye (h. 931’de sağ *Fevaid*, 51) ait Şerhu *Muhtasari’l-Vikaye*’den hakkın tarifini naklettiklerine bakılırsa-ki daha eskilerden tarif bulsalardı mutlaka onu da naklederlerdi - İslam Hukuk alimlerinin hakkı tarif ihtiyacını duymaya başlamaları, Hicri 7. yüzyıldan daha eskiye gitmemektedir.

257 Keşfü’l Pezdevi’de Ebu’l-Kasım’dan nakledilen “Hak her bakımdan ve şüphesiz bir şekilde mevcut olandır.” şeklindeki tarifi görüldüğü gibi lugavi bir tariftir. Bkz. *Keşfu’l-Pezdevi*, IV, 134.

258 *Keşşâfu Istılahati’l Funun*’da (I, 360) el-Bercendi’den nakledilen “Hak lügatta masdar veya sıfat olarak “subut” ve “sabit” manalarına gelir. Örfi manası ise vaki’in itikada mutaba-

özellikte tarifte bulunanların ise ya devir şaibeli[259] yahut çok mutlak ve dolayısıyla müphem[260] tarif yaptıklarını tesit etmiş bulunuyoruz.

Zamanımız İslam Hukuku araştırmacıları hakkın tarifi ile meşgul olmaktadırlar. Bizim, çalışmalarını doğrudan veya dolayısıyla tesbit edebildiğimiz araştırmacıların belli başlıları: *el-Hakk ve'z-Zimme*'nin yazarı Prof. Dr. Ali el Hafif; *el-Fikhul-İslâmî*'nin yazarı Prof. Dr. Yusuf Musa; ve *el-Fikhu'l-İslami fî Sevbihi'l-Cedid* yazarı Prof. Dr. Mustafa Ahmet ez-Zerkâ'dır. Bir de *Nazarriyyetu'l-Hakk* yazarı olarak tanıdığımız ve hem İslam hem Batı Hukuku sahalarında otorite sayılan Ord. Prof. Dr. Abdürrezzak el-Senhûri'nin tariflerini doğrudan inceleme imkanını bulduk.

Bunlardan M. Yusuf Musa hakkı "bir maslahat" olarak;[261] Senhuri "mali maslahat" olarak;[262] Ali el-Hafif, *el-Hakku ve'z-Zimme* adlı eserinde (s. 36) "Müstahak maslahat" olarak; *el-Milkiyye* adlı eserinde ise "sabit olan şey" olarak[263] tarif etmektedirler. Maslahat ve menfaat hakkın kendisi değil konusu olmak gerektir. Hakkın aynı kökten gelen kelime (istihkak) ile tarifi dönüşlü değilse bile vazıh değildir.

Bu bakımdan Mustafa Ahmed ez-Zerka ile beraber[264] bu tarifleri tatminkar bulmuyor ve hepsinin ışığında hakkı; *"Hukukun, bir yetki veya yükümlülük*

---

katıdır." şeklindeki tarifi, görüldüğü gibi felsefedir.

259 *Ali el-Hafif'in el Mülkiyye fi'ş-Şeri'ati'l-İslamiyye*, Kahire 1966, s. 6'da Zeyla'i (743/1342)'den naklettiği "Hak insanın istihkak ettiği şeydir." şeklindeki tarifi, hakkı aynı kökten gelen istihkak ile tarif ettiği için mantıkçıların ifadesi ile devirli bir tarif görünümündedir. Aynı düşünce için bz. ez - Zerkâ, age. III, 14.

260 ez-Zerkâ'nın age. III, 13'te Lüknevi (1304/1886)'ye ait *Kameru'l-Ekmâr Haşiyetu Nûri'l-Envâr fi Şerhi'l-Menâr* adlı eserinden naklettiği "Hak sabit olan hükümdür" şeklindeki tarifi hakkı hüküm kelimesi ile tarif ettiğinden ve hakkın bir çok özelliklerini aksettiremediğinden müphem bir tarif görünümündedir. ez-Zerkâ III, 13 ve el-Hafif, *el-Hakk ve'z-Zimme*, s. 36, aynı kanaattedir.

261 *el-Fikhu'l-İslami*, s. 211: "Hak kişi ve/veya toplum lehine sabit ve hukukan benimsenen bir maslahattır".

262 *el-Hakku ve'z Zimme*, s. 36'dan naklen ez-Zerkâ, age. III, 14: „Hak, hukukan istihkak olunmuş bir maslahattır."

263 *el-Mülkiyye*, I, 6: "Şâri'in benimsemesi ile sabit olan ve Şari'in himâye ettiği şeydir."

264 ez-Zerkâ, age. s. 13-14.

olmak üzere benimsediği, bir aidiyettir, (ihtisas)"[265] *(el-hakku huve ihtisasun yukarriru bihi'ş-Şer'u sultaten ev teklifen)* şeklinde tarif etmek istiyoruz.

Mesela bir velinin velayeti altında bulunanlar üzerindeki tasarruf hakkı, bir şahsın diğer şahıs üzerinde bir yetki; satıcının satın alan üzerindeki satım konusu malın karşılığını (semen) isteme hakkı, satın alan üzerinde satıcı yararına bir yükümlülük; varisin miras mal (tereke) üzerindeki mülkiyet hakkı ile kendisine bir gayrimenkulün menfaati vasiyyet edilen kimsenin vasiyyet edilen akarın menfaati üzerindeki mülkiyet hakkı, eşya üzerinde bir yetki olmaktadır.

Tarifi inceleyelim;

Önce "ihtisas" kelimesini niçin benimsediğimizi açıklayalım:

1- İhtisas kavramı her şeyden önce hukuki manada hakkın doğuşunu izah eden bir kavramdır.

İnsansınız ve dünyanın bir yerinde bulunuyorsunuz. Çevrenizde kimseye ait olmayan, dolayısıyla herkese ait bulunan pek çok şey var. Bu şeylerden birini, mesela bir kekliği yakalıyorsunuz. Az önce siz de dahil, herkesin olan keklik, sizin elinize geçtikten sonra öteki kekliklerden farklı bir duruma geldi:

O, sizin elinizdedir. Sizin ona ihtiyacınız varsa, başkasına vermezsiniz. Ama, sizden daha güçlü biri gelip elinizden almak isteyebilir. Vermeli misiniz? Vermemeli misiniz? Alabilmeli mi, alamamalı mı? Mademki sizin elinizdedir ve sizin de ihtiyacınız vardır, o halde mantıkan alamamalıdır. İşte bir hukuk kuralının kaynağı. Hukuk bunu kaideleştirebilir: "Kimseye ait olmayan bir şeyi eline geçiren, onu kendine mal etmiş olur. Her kim dilerse sahipsiz şeyleri kendine mal edebilir. Birisinin kendisine mal ettiği şeyi ise başkası haklı olmayan sebeplerle alamaz." İşte, HAK. Burada bariz özellik, görüldüğü gibi "ihtisas" yani "aidiyet" tir. Böyle bir aidiyet, hukuk tarafından benimsenirse bir "yetki" muhtevalı hak doğmuş olur.

2- Hakkın özündeki "mutabakat" manası ihtisasta da mevcuttur.

Birbirine karışan ayakkabıların karanlıkta el yordamı ile seçilme durumunu düşünelim. Herkes ayakkabıları ayağında deneyecek, ayağına uyanı

265 ez-Zerkâ, age. s. 10.

(mutabakat halinde olanı) "benim" diye sahiplenebilecektir. Sebep, ayağına uymasıdır. Bu uyma sadece ayağına girme değildir. O ayakkabıyı bir müddet evvel ayağından çıkarmış olanın ayak-ayakkabı uyumu (mutabakatı) bu yolda ona rehberlik etmektedir. Konu, ait olanı (ihtisas) bulmak; rehber, mutabakattır. Mutabakatın bulunduğu yerde çoğunlukla hak bulunacaktır. Yanılma olabilir ama bu yanılma aidiyetin (ihtisasın, hakkın) özünü değiştirmez. İşin içinde yanlışlık varsa "hata" kasıd varsa "zulüm" var demektir. Hak da böyle. Kimin lehine veya aleyhine doğmuşsa o belli. O şeyi kim elde etmiş veya kim zayi etmişse "elde etme" veya "zayi etme" fiilleri ile konusu birbirine mutabıktır. Bu mutabakat o şeyi (konu) o fiilin (elde etme veya zayi etme fiili) sahibine ait (ihtisas) onun lehinde veya aleyhinde olarak "hakk"ı kılacaktır. Bu hak tıpkı adamın ceketi veya misalimizdeki ayakkabı gibi kişinin üstüne geçecektir.

3- Özellikle hukuk sahasında "hak" yukarıda gördüğümüz gibi "leh" ve "aleyh edatları ile kullanılmaktadır. Arapça'da "lam" harfi cerri ihtisas için olduğundan, "leh" edatı kural olarak ihtisas ifade edecektir. Buradan hareketle diyebiliriz ki "leh" edatı ne kadar ihtisas ifade ediyorsa onun mukabilinde kullanılan edat olmak şartı ile "aleyh" edatı da o nisbette ihtisas ifade edecektir. Aksi takdirde "leh" mukabilinde kullanılmamış olur. Zira bu edatların fonksiyonu, bilindiği gibi "hak borçlusu" veya "hak alacaklısı"nı belirtmekten ibarettir. Hak alacaklısının belirliliği (ihtisas) ne kadar zorunlu ise hak borçlusunun belirliliği de o kadar zorunluluktur. Üstelik bu edatlara bitişik (muttasıl mecrur) zamir, mahsus ve muayyen şahısa gitmektedir. İşte bu mülahazalarla biz "hakk"ı bir "ihtisas" (aidiyet) olarak tarif etmeyi uygun buluyoruz. Tarifimizdeki hakk'ın unsurları ise görüldüğü gibi; a) Hakkın lehdarı (bunu tarifimizde "sulta" (yetki) ifade ediyor); b) hakkın aleyhdarı (bunu tarifimizde "teklif" (yükümlülük) ifade ediyor); c) Hakkın konusu ve d) Hakkın meşru'iyyetidir.

İhtisas kelimesi ve hakkın unsurları üzerindeki ön mülahazalardan sonra tarifi yakından tetkik edebiliriz.

1- "Aidiyet" diye ifade ettiğimiz ihtisas, sebebi ne olursa olsun, zimmette mevcut borç gibi konusu mal olan hakkı da velinin velayeti ve vekilin vekaleti alanına giren tasarruflarda bulunmaları gibi konusu şahsi yetkiyi kullanma olan hakları da kapsamına alan bir ilişkidir. Açıktır ki, velayet olsun vekalet

olsun, bunlar, şahsa tanınan haklardan olduğu için tarifin bunları da kapsaması bir gerektir.

2- Bir ilişkinin "hak" olabilmesi için ya belirli bir şahsa yahut belirli bir topluma mahsus (ait) olması gerekir. Zira sahibi belirtilmeyen yetki veya yükümlülüğe "hak" demenin bir anlamı olmaz: Satılan malın karşılığı (semen) belirli satıcıya aittir. Velayet ve vekalet yetkileri de belirli veli veya vekil'e aittir. Tarifimizin bu özelliği sebebiyledir ki avlanma serbestisi ve seyahat hürriyeti gibi genel ibaha konuları tarifte kasdedilen manada "hak" kavramı kapsamına girmez. Bunlar "ruhsat" konularıdır. Ama konusu genel ibaha olan şeyler üzerinde de "ihraz", "ihya" ve "ıkta" gibi yollarla bir mülkiyet, temellük veya işletme imtiyazı, dolayısıyla bir ihtisas (aidiyet) manası eklenirse o zaman bunlarda "hak" adını alır.

3- Bu aidiyet, hukuk düzenince benimsenmiş olmalıdır. Zira hukuk düzeni bazı ihtisasları hak olarak tanımayabilir. Nitekim İslam Hukuku sahipsiz bir mal olan domuzu avlayan müslümanın o ihtisasını onaylamamakta korumamaktadır.

4- Tarifte "yetki veya yükümlülüktür" diyoruz. Zira hak bazen yetkiyi bazen yükümlülüğü ifade eder. Yetki yukarıdaki misallerde gördüğümüz gibi

a) Şahıs üzerinde, b) Muayyen bir eşya üzerinde olabilir.

Velinin kişi üzerindeki valeyet hakkı şahıs üzerindeki yetkiye örnektir. Bu hak veliye "kasır" (kendi işlerini görmekten aciz küçük çocuk veya akıl hastası) üzerinde, terbiye, tedavi, çırak verme, okutma, evlendirme v.b. yetkilerini kullanma imkanını verir. Küçük çocuğun bakımı (hadana) hakkı da velayet hakkı gibi şahıs üzerinde bir yetki ifade eden haktır.

Muayyen bir şey üzerindeki yetkiye misal, "mülkiyet" hakkıdır. Mülkiyet, insanın bir şey üzerindeki doğrudan yetki ve iktidarıdır ki az ileride esas konumuzu işlerken göreceğiz.

Şuf'a yol ile temellük hakkı; eşyadan intifa ve mal üzerinde velayet hakları da, muayyen eşya üzerindeki yetkilerin diğer örnekleridir.

Tarifteki mükellefiyet ise daima insan üzerinde bir borçtur. Bu, eşya üzerinde söz konusu olmaz. Yani eşya hukuki ilişkinin passive süjesi değildir. Daima insan üzerinde bulunmak durumunda olan "yükümlülük" (mükellefiyet),

ya ücret sözleşmesi ile çalışan kişinin iş borcu gibi şahsi, yahut borçlunun borcunu ödeme yükümlülüğündeki gibi mali bir yükümlülüktür.

Tarifte yetki ve yükümlülüğü "veya" bağlacı ile birbirine bağlamakla, hakkın muhtevasını teşkil eden yetki ve yükümlülüğün, hakkın mevzu veya mahalli olan şahıs ve şeye uyum esnekliği sağlanmak istenmiştir. Çünkü haklarda yetki ve yükümlülük hem şahıslara hem eşyaya karşı ikisi birden söz konusu olmayabilir. Nitekim az önce işaret ettiğimiz gibi şey üzerindeki hak daima bir yetki iken şahıs üzerindeki hak, yap-yapma cinsinden bir yükümlülük, yahut bir başkası üzerinde bir yetki olmaktadır ki misallerini gördük.

5- Tarifimiz, çerçevesi bakımından, bütün medeni hakları kapsadığı gibi, kullar üzerindeki, Allah'a ait ibadet hakkı; çocuğun üzerindeki, babaya ait itaat ve karısı üzerinde kocaya ait sadakat hakkı gibi sosyal hakları; toplum düzeninin korunması, kötülüklerin önlenmesi, iyiliği emretme ve kötülükten nehyetme (*emr bil ma'ruf nehy anil - münker*), cihad ve dinin tanıtılması konularındaki hakları da kapsamına alır. Zira bilindiği gibi bu ve benzeri hususlar hukuk düzenince ya bazı şahıslara sırf kendilerine ait olmak üzere tanınan yetkilerdir yahut yine hukuk düzenince mükelleflere yüklenmiş yükümlülüklerdir.

6- Tarif üzerindeki incelememizden anlaşılabileceği gibi böyle bir terim anlamı ile hak, mülkiyete konu olmuş da olsa maddi malları içermeyecektir. Zira bilindiği gibi maddi mal, yetki veya yükümlülük içerikli bir "aidiyet" gibi itibari bir kavram değil, elle tutulur gözle görülür nitelikte maddi şeylerdir. Halbuki "hak" itibari bir kavramdır ve dolayısıyla maddi mallara, terim anlamıyla hak denemeyecektir. Mal, hakkın kendisi değil; konusudur.

İslam Hukuk alimlerinin hakkı "ayn", özellikle Hanefi hukukçuların "mal" karşısında zikretmeleri hakkın bu mahiyetini aksettirmektedir. Özellikle Hanefi fukahaya göre "hak", "mal" değildir. Bunun tipik örneğini "kasır"ın malı üzerinde veli veya hakimin tasarruf yetkisi ile ilgili hüküm ve bu hükmün izahında görüyoruz.

"Veli, kasır için zarar sayılan tasarrufta bulunamaz. Bu cümleden olmak üzere, çocuğun malını "karz" (ödünç, kredi) olarak veremez. Ama kadı (hakim) ödünç verdiği şahsın umumi durumunu, ödeyip ödemeyeceğini dikkate almak ve borcu senede bağlamak gibi şartlarla verebilir. Çünkü karz olarak

verilen "ayn" (maddi mal) onu alan hakiki veya hükmi şahsın zimmetinde "hakk" a dönüşür. "Ayn" tabiatı gereği telef olmaya çürümeye, bozulmaya, çalınmaya maruzdur ama hak için böyle bir tehlike varid değildir. Yani ayn telef olabilir, kaybolabilir ama hakk'a ölüm yoktur. Hakkı korumak kadı'nın (hakim) görev alanına girdiği için, kasır'a ait malı kredi olarak veren kadı bu hakkı koruma gücüne sahiptir. Veli ise böyle bir güce doğrudan sahip olmadığından, çocuğun malını, bizzat ve doğrudan karz olarak veremez."[266]

Burada karşımıza bir başka soru çıkabilir: Mecelle dahil hemen bütün kanunlarda "kişinin mülkü"nden söz edilir. Mesela Mecelle Md. 1192, TMK, md. 661. Mala, "hak" denmezse, nasıl "mülk" denebilir?

Bunun cevabı gayet açıktır:

Bir mal hakkında "benim mülkümdür" demek, mecazi bir ifadedir. Bu bir örfi mecazdır. Konuyu derinlemesine araştıran hukukçuların kabul ettikleri gibi bunun hakikat ifadesi veya mecazi olan bu ifadenin manası şu olmak gerektir: "Benim olan bu mal üzerinde mülkiyet hakkım var" veya daha kısa olarak: "Bu şeyde benim mülkiyet hakkım var."

Diğer hukuk sistemlerinin hak tariflerini görmekte de yarar vardır.

1- Hakkın mahiyetini izah eden teoriler

Hak mefhumunun esas mahiyetinin ne olduğu meselesi üzerinde hukukçular arasında çeşitli görüş tarzları belirmiş ve buna dair muhtelif teoriler ileri sürülmüştür.

a) İrade teorisi: Buna göre hakkın mahiyeti, ferdin iradesi ile izah olunmaktadır. XIX. asrın hukuk düşüncesine hafta müsbet hukukuna birçok bakımlardan tesir etmiş olan tabii hukuk teorisinden sonraki fikirlere göre hukukun gayesi hürriyetlerin korunmasıdır. Haklar dahi hukuk tarafından himayeye mazhar olmuş, bu gibi hürriyetlerden bir parçadır. Birçok kaideler insanların toplu hayatını tanzim etmekte ve bunu yaparken şahsın iradesi-

266 Bu misallerle bu hükümdar hakkında bkz. Sadruşşari'a, Ubeydullah b. Mes'ûd (747/1346), *et-Tevdih*, *Şerhu't-Tenkih* (haşiyesi Telvih ile), İstanbul 1310, s. 734; *Merginani*, Şeyhülislam Burhanuddin Ali b. Ebi Bekr (593/1197), el-Hidaye (*Fethu'l - Kadir* ile), VI, 313; Damad (*Mecma'u'l-Enhur*), II, 172; *Dürrü'l-Münteka*, (Damad kenarında) II, 172. Krş. ez-Zerkâ, age. III, 12.

ne bağlı bir hürriyet ve hakimiyet sahası tanımaktadırlar: Mesela mülkiyet hakkı kişiye kendi mülkü üzerindeki tasarruflarında bir hürriyet bahşeder; Alacak hakkı alacağını talep hususunda alacaklıya bir salahiyet verir. İşte bu teoriye göre haklar hürriyete ve iradeye dayandırılarak şöyle tarif edilmiştir: "Hak, şahıslara hukuk nizamı tarafından tanınan bir irade kudreti veya irade hakimiyetidir."[267]

b) Menfaat teorisi: XIX. asrın en büyük hukuki simalarından olan Jhering'e göre yukarıdaki teori hakların mahiyetini izah edememektedir. Burada ehemmiyeti haiz olan cihet iradeden ziyade hukuki menfaattir. İnsanların menfaatleri sayısızdır. Bunlardan bir kısmı hukukan himaye edilmiş diğerleri edilmemiştir. Mesela bir gayrimenkule başkaları tarafından müdahale edilmemesinde malikin menfaati; kendisine satılan malın bozuk olmamasında alıcının menfaati vardır. Bu menfaatler hukuken himaye edilen menfaatlerdir. Halbuki mesela tedavisi imkansız körlükle malul olarak doğmuş olan bir kimsenin etrafı görebilmek kudretini iktisab etmesinde çok büyük bir menfaati olduğu halde onu bu menfaatinin hukuken himaye edilmiş olması bahis mevzuu olamaz. Bu itibarla Jhering, haklara, hukuken himaye edilen menfaatler demiştir.[268]

c) Muhtelit teori: Jhering'in teorisini aynen kabule imkan yoktur. Çünkü hukuken himaye edilen menfaatlerin hepsi hak mefhumu içine konursa o zaman bu mefhuma içinden çıkılmaz bir genişlik verilmiş olur. Mesela gıda maddeleri satan dükkanların temiz olmasında ve gıda maddelerinin bozuk olmamasında, şehrin ağaçlandırılmasında herkesin menfaati vardır. Bu menfaatler de hukuken himaye edilmiştir. Zira bu hususları temin eden kanunlar ve belediye nizamları vardır, fakat bu menfaatler şahıslar için birer hak teşkil etmez. Buna mukabil malikin kendi mülkü üzerinde hukuken himayeye mazhar olan menfaati bir haktır. Zira bu himayeden istifade edip etmemek onun kendi iradesine bırakılmıştır. O, MK.un 618. maddesinin kendisine tanıdığı istihkak iddiasında yahut müdahalenin men'i talebinde ister bulunur ister bulunmaz. Halbuki erzak satan dükkanların temiz tutulmasında ferdin hukuken himayeye mazhar bir menfaati bulunmakla beraber bu menfaatten istifade etmesi onun kendi iradesine bırakılmış değildir. Doğrudan doğruya

267 Velidedeoğlu, age. s. 201-202: Windscheid, *Pandektenrecht*, I, 131'e atfen.
268 Velidedeoğlu, age s. 202: Jhering *Geist des Römischen Rechts*, II, 60-61'e atfen.

dükkancıdan temizlik talebinde bulunmaya ferdin bir hakkı yoktur. O olsa olsa beledi ve idari takibat yapılmak üzere ilgili makamlara başvurabilir. Bu itibarla hak mefhumu izah için son nazariyyatta Jhering'in tarifine irade unsuru ilave edilerek haklar "Hukuken himaye edilmiş ve bu himayeden istifade hak sahibinin iradesine bırakılmış olan menfaatlerdir" şeklinde tarif olunmuştur.[269]

2- Abdürrazzak es-Senhuri hakkı, kanunun ferde tanıdığı mali maslahattır, şeklinde tarif ediyor.[270]

Tarifte geçen mali kaydı olmasa muhtelit teoriye benzer bir tarif.

3- Hıfzı Veldet Velidedeoğlu da yukarıda kendisinden hak nazariyeleri münasebetiyle naklettiğimiz tariflerden farklı bir tarifte bulunuyor: "Hukuk kaideleri şahıslara birtakım salahiyetler tanımış ve bunları müeyyidelemiştir. İşte şahıslara hukuk tarafından tanınan bu salahiyetlere hak denilir"[271] demek suretiyle "irade" teorisi paralelinde bir tarif vermiştir.

4- en-Nazariyyetu'l-Âmme li'l-Hakk adlı eserin yazarı Dr. Şefik Şehhata da hakkı "Herhangi bir maslahatı gerçekleştirme maksadı ile belirli bazı işleri yapabilmek hususunda kanun tarafıdan korunmuş bulunan salahiyetlerdir.[272] şeklinde tarif etmekle görünüşte hem menfaati hem selahiyeti birleştirmiş ve netice itibariyle hakkı irade teorisi paralelinde olmak üzere "salahiyet" olarak tarif etmiştir.

Görüldüğü gibi tariflerden bir kısmı hakkı "salahiyet" bir kısmı "menfaat" diye tarif etmektedir. Bir kısmı da "menfaati temin için salahiyet" şeklinde bir kısmı da "sahibinin irade ve sahahiyetine bırakılmış menfaat" diyerek menfaat ve salahiyeti birleştirmeye çalışmaktadır. Acaba hak bir "salahiyet" veya "menfaat" midir? Bu soruyu cevaplandırabilmek için yukarıda üzerinde bir nebze durduğumuz hususu biraz açalım:

Bir velayet hakkını düşünelim. Ortada bir şahıs var: Çocuk. Bu şahsın korunma, beslenme ve barınma gibi tabii ve zaruri ihtiyaçları (maslahat) ya-

---

269 Velidedeoğlu, age. s. 203 : Tuhr, *Algemanainer Tail des Deutschen Rechts*, I, 56 ve müt. ile A.B. Schvvarz, *Medeni Hukuka Giriş*, 1942 s. 94 ve müt. atfen.

270 Senhuri, Abdürrazzak, *Nazariyetu'l-Akd*, s.5.

271 Velidedeoğlu, age. s. 203.

272 ez-Zerkâ, age III, 13: Şehhata, age. p. 718'e atfen.

nında, hibe ve vasiyyet gibi yollarla “mal edinme”; miras ve benzeri yollarla kendisine intikal etmiş mallarını koruma, işletme, harcama gibi medeni ihtiyaçları (maslahat) vardır. Şahıs küçük olduğu için bu medeni ihtiyaçlarını bizzat kendisinin yerine getirmesi mümkün değildir. Bu durumda hukuk çocuğun muhtaç olduğu bu gibi medeni işleri yürütmek üzere, bu medeni işleri yürütme ehliyetinde olan bazı şahıslara, bu işleri çocuk adına yürütme yetkisi verecektir. Bu yetkiler yine kanunda tarifle belirtilen bazı şahıslara tanınmış olmak gerektir.

Bu hakkı bir “hibe”nin kabulü meselesi olarak ele alırsak, dört elemanla karşılaşarız:

1- Maslahat: Meselemizde, hibe’nin çocuğa mal edilmesi.

2- Salahiyet: Hukuki yetki.

3- Hukuki iş: Meselemizde hibenin kabulü.

4- Ehil şahıs: Veli.

Acaba hak bu dört elemandan hangisinin adı olabilir? “Ehil Şahıs”ın (meselemizde velinin) hakkı kullanan kişi olması itibariyle hakkın kendisi olmadığı açıktır. Geriye “maslahat”, “salahiyet” ve “iş” kalıyor, irade teorisi ile beraber Şehhata ve Velidedeoğlu’nun hakkı “salahiyet” olarak; Jhering ile beraber muhtelit teorinin ise hakkı “menfaat” olarak tarif ettiklerini gördük. Hakkı “iş” diye tarif edene rastlanmıyor. Bu sebeple “iş”i de aradan çıkarırsak, geriye hakkı tarif eden iki alternatif kalmış gibi görünüyor: “Maslahat” ve “salahiyet” Sayısız maslahat, salahiyet ve ehil kişi bulunduğuna göre hangi maslahatı, hangi ehil kişi hangi salahiyeti nasıl kullanarak gerçekleştirecektir?

Soruyu değiştirelim: Herhangi bir maslahatı gerçekleştirmek üzere belirli bir salahiyeti kullanmak hangi ehil kişinin hakkıdır veya hangi ehil kişiye aittir?

Velayet hakkının kullanılması ile ilgili bu soru, tesbit ettiğimiz dört elemandan başka bir hukuki kavram ortaya koyuyor: “Ait olmak” (aidiyet, ihtisas).

İşte hakkı, hukuk tarafından benimsenmiş olan böyle bir aidiyettir diye tarif edersek “salahiyet” bu hakkın muhtevasını oluşturan unsurlardan biri;

maslahat da bu salahiyetin kullanılması ile gerçekleştirilecek amaç (maksat) olmuş olur.

Salahiyet'e hakkın muhtevasını oluşturan unsurlardan biri, diyoruz. Zira biz hakkın muhtevasını sadece "salahiyet" olarak değil, "salahiyet ve/veya yükümlülük" olarak görüyoruz. Bu sebeplerle benimsediğimiz tarifin daha isabetli olduğunu düşünüyoruz.

b) Hakkın Unsurları

Hakkın unsurlarını da inceledikten sonra hakkın mahiyeti ile ilgili incelemelerimizi tamamlayabiliriz.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi hakkın dört unsuru vardır:

1- Hakkın konusu (obje, mevdu)

2- Hakkın alacaklısı (aktif süje, men lehu'l-Hakk)

3- Hakkın borçlusu (passif süje, men' aleyhi'l-Hakk)

4- Hakkın meşruluğu (hukukilik)

Bunları ayrı ayrı açıklayalım.

1- Hakkın Konusu:

– Maddi bir mal olabilir: Satılan malın karşılığı (semen) veya emanet bırakılan eşya gibi.

– Bir menfaat olabilir: Kira ile tutulan evde oturma (sükna) gibi.

– Bir iş yapma olabilir: Emanet eşya veya buluntu şeyin korunması, satılan malın alıcıya teslimi, suçlara tatbik edilen cezalar ve ibadetler gibi.

– Bir şeyden sakınma olabilir: Komşuya eziyet etmekten ve her türlü kötülükten sakınma (ihtiraz, imtina) ve zevcenin, kocasının hoşlanmadığı birini eve sokmaması gibi.

Bunların dışında bir başka husus da olabilir: Velayeti âmme (devlet) yetkisinin "danışma" (meşveret, şura) esasına göre yürütülmesi gibi.

2- Hakkın Alacaklısı

Hakkın alacaklısı hakkın aktif süje'sidir. Hak ya insana aittir yahut Allah'a.

3- Hakkın Borçlusu

Hakkın borçlusu, hakkın passif süje'si demektir. Tek başına veya grup halinde şahıs ve şahıslardır. Bazen bütün insanlar, hakkın passif süjesi durumunda olur. Mülkiyet hakkı ile babanın çocuğu üzerindeki valeyet; kocanın karısı üzerindeki kocalık; kişilerin hürriyet ve eşitlik hakları bu nevi yani bütün insanların riayetle mükellef ve mecbur oldukları haklardandır.

Hakta bu unsur yani passif süje yoksa hak yok demektir. Mesela -yukarıda bir parça açıkladığımız- ibaha ve özel izinler gibi, bir kimse birine tarlasından geçme izni verse, sırf bu izinden bir hak doğmaz. O bir ruhsat ve izin meselesi olarak kalır. Hak konusu olmaz. Zira izin veren şahıs, ahlaken bu müsaadesinde durmaya mecbur olsa bile hukuken mecbur değildir. Bazı makul sebepler bu müsaadeyi geri almayı da gerektirebilir ki o zaman bir talep ve dava hakkı doğmadığı gibi ahlakı yön de ortadan kalkar.

4- Hakkın meşru'iyyeti:

Allah Te'ala'nın -hukuk dili ile söylersek hukuk düzeninin- hakkı benimsemiş ve himaye etmiş olması demektir ki hukuk düzeninin tanımadığı şeye hak demenin bir manası olmaz.

3- Hak ve Hukukun Taksimi

Hakkın taksimi de hukukun taksimi de temelde bir usul meselesidir. Hakları daima;

1- Allaha ait haklar (genel haklar),

2- Kullara ait haklar (özel haklar),

3- Karma nitelikli haklar.

Umumi ayırımı altında değerlendiren İslam Hukukçuları, fıkıh kitaplarını bu esasa göre tedvin etmekle "ahkam" manasındaki hukuku, fiilen bu ayırıma tabi tutmuştur.

Gerçekten hemen bütün fıkıh kitapları “ibadet”, “ceza” ve “keffaret” konularını içeren “hukukullah” (Allah’a ait haklar) ile ilgili bahislerle başlar; “hukuki ibad” (özel hukkuk)’tan olan muamelat bahisleri ile devam eder.

Karma nitelikli haklar ise -yakınlık derecelerine göre- ya, “hukukullah” arasında ve yakınında; yahut “hukuki ibad” arasında ve yakınında işlenir. İslam Hukukunda “hakk”ın da “hukuk”un da en esaslı ayırımı budur.[273]

İslam Hukukçuları özellik ve nitelikleri itibariyle birbirinden farklı bütün hak çeşitleri ile ilgili hükümleri, ilgili bahislerin en ince noktalarına kadar inceledikleri halde özellikle Roma Hukuku kaynaklı hukuk sistemlerinde gördüğümüz tipte bir hakların ayırımına teşebbüs etmemişlerdir.

Bu cümleden olarak İslam Hukuk müdevvenatında mesela özel haklarla ilgili olarak:

1- Mahiyetlerine göre: Mutlak haklar, nisbi haklar,

2- Konularına göre: Malvarlığı hakları, şahısvarlığı hakları,

3- Devredilebilir olmalarına göre: Şahsa bağlı olan - olmayan haklar,

4- Amaçlarına göre: Yenilik doğuran haklar - alalade haklar şeklinde[274] bir ayırıma rastlanmaz. Bunun tabii bir sonucu olarak da mutlak hakların eşya ile ilgili olan bölümünü teşkil eden bir aynî hak-nisbî (şahsi) hak ayrımı görülmez.

Bu durumun hak ve hukuk mefhumu ve bunlarla ilgili hükümlerle değil, tamamen metodik tasnif ile ilgili olmasına rağmen, bazı İslam Hukuk araştırmacılarını “İslam Hukukunda bir aynî hak mefhumunun bulunmadığı” kanaatine sevketmiştir.[275]

Gerçi az önce söylediğimiz gibi bir “ayni hak” ayırım ve tasnifinin bulunmadığı bir vakı’adır ama mefhumu ve dolayısıyla özelliğine uygun hükümlerin bulunmadığı kanaati hatalıdır. Aynî hak hükümlerine tabi aynî hak konu-

273 İbnu’l-Humam, *Feth*., VI, 246-247. Ayrıca bütün usul-ı fıkıh kitaplarının mahkum bih bahsine bakınız.

274 Krş. Velidedeoğlu, age. s. 210; Ataay, *Aytekin Medeni Hukukun Genel Teorisi*, İstanbul 1971, s. 305.

275 Krş. Senhuri, *Nazariyyetu’l-Akd*, s. 5; Ansay, age. s. 77; ez - Zerkâ, age. III, f. 15.

ları biraz ileride göreceğimiz gibi fıkhın ilgili muhtelif bahislerinde konunun gerektirdiği ölçüde işlenmiş bulunmaktadır.

Hak ve hukukun taksimi ile ilgili bu ön bilgilerden sonra konumuz olan mülkiyet hakkının İslam Hukuk sistemi içindeki yerini, diğer hukuk sistemleri ile de karşılaştırmalı olarak tayin ve tesbit etmek maksadı ile hakkın istikra yolu ile yapılabilecek çeşitli açılardan tasnifine geçebiliriz.

a) Hukukun Taksimi

İslam Hukukunda "fıkıh hükümleri" (el-Ahkamu'l-Fıkhiyye) manasındaki "hukuk" yedi bölüme ayrılır.

1- İbadetler Hukuku: Namaz ve oruç gibi, Allah'a ibadetle ilgili hükümleri içerir.

2- Aile Hukuku: Evlenme (nikah), boşanma (talak) neseb ve nafaka... vb. aile ilgili hükümleri içine alır.

3- Muamelat: İnsanların mal ve hakları ile aralarında çıkacak anlaşmazlıkları konularındaki davranış ve hukuki muameleleri ile ilgili hükümleri içerir.

4- İdare Siyaseti: Başta Devlet Başkanı olmak üzere idare edenler ve edilenler arasındaki karşılıklı hak ve vecibeleri içeren bu hukuk bölümü:

a) İdare Hukuku,

b) Anayasa Hukuku diye iki bölümde incelenir. Bu hukuk dalının klasik adı "Siyaset-i Şer'iyye" veya "el - Ahkamu's - Sultaniyye"dir.

5- Ceza Hukuku: Suçluları cezalandırmayı ve iç güvenliği sağlamayı konu edinen bu hukuk dalının klasik adı "el-Hudud" ve "el-Hisbe" dir.

6- Devletler Hukuku: İslam Devletinin diğer devletlerle ilişkilerini düzenleyen hükümleri ihtiva eden ve "harb ve sulh" hukukunu düzenleyen bu hukuk dalının klasik adı "es-Siyer"dir.

7- Adab-ı Muaşeret Hukuku: Ahlaka, adaba ve üstün insanı meziyetlere dair hükümleri ihtiva eden bu hukuk dalının klasik adı "el-adab"dır.[276]

276 Krş. İbnu'l-Humâm, *Feth*, VI, 246-247; ez-Zerkâ, age. I, 60.

b) Hakkın Taksimi

Hak -yukarıda da belirttiğimiz gibi- muhtelif bakış açılarına göre guruplandırılabilir. İslam Hukukçuları hakkı daha çok hakkın sahibi açısından taksime tabi tutmuşlardır ki bu, İslam Hukukunda hakkın en esaslı tasnifidir.

Önce bu taksimi ayrıntıları ile görelim, ondan sonra da zamanımız araştırmacılarının tasnif çalışmalarını gözden geçirelim:

ba) Fıkha Göre Hakkın Taksimi

Fıkha göre hak, sahibi açısından değerlendirilmekte ve:

a) Hukukullah

b) Hukuku ibad

c) Karma Nitelikli Haklar

olmak üzere üç ana grupta İncelenmektedir. Bunları ayrı ayrı inceleyelim;

1- Hukukullah: Allah'a ait haklar denilince, birinci planda Allah'ın hoşnudluğuna erme amacı güdülen yahut belirli bir kişinin değil de kamunun yararını ilgilendiren bir şey olması itibariyle toplum menfaatlerinin korunması gaye edinilen şeyler anlaşılır.

İbadetlerle ibadethaneler, vakıflar ve beytülmal (hazine) gibi kamu müesseselerinin haklarına riayet, bu kategoriye giren haklardandır.

Tarifte, birinci planda diye bir ifade kullanmamızın sebebi açıktır. İbadetlerde olsun, haramlardan sakınmada olsun, Allah rızasını gözetmenin yanında, namazda kılan kişiyi kötülüklerden alıkoyma; zekatta muhtaç kişileri yararlandırma ve zekat veren kişinin egoizmini terbiye; haramlardan sakınmada da haramlardaki kötülüklerden şahıs olarak korunma gibi bir çok ferdi faydalar vardır. Fakat bu faydalar, ibadetler konusunda ikinci plandaki faydalardır. Çünkü ibadetlerde güdülen temel amaç, Allah'ın emrini yerine getirmek suretiyle O'nun hoşnudluğunu kazanmaktır. Kişi hiçbir kötülük işlemeyecek ölçüde dürüst ve kendisinde hiç egoistlik bulunmayacak kadar cömert olsa ve toplumda yardıma muhtaç hiç kimse bulunmasa bile, Allah'ın emri olması itibariyle, namaz kılınacak; zekat verilecektir. İbadetler, ferdi faydaların

ötesinde insanların yaradanlarına karşı bir kulluk borcunun, onun emrettiği şekilde yerine getirilmesi manasını taşır.

Hukukullah'ın iki temel özelliği vardır: 1) Bu hakların af, sulh veya bir başka yolla iskatı caiz olmadığı gibi, bunlardan bazılarını kaldırmak veya değiştirmek caiz değildir. Böyle bir hareket Allah'ın emrini değiştirme manasına gelir. Dolayısıyla:

a) Hırsız hakkında mahkeme, kararını verdikten sonra malı çalınan adamın, "ben davamdan vazgeçtim, hakkımı bağışladım, ceza tatbik edilmesin." şeklindeki beyanı ve talebi cezayı düşürmez. Her ne kadar hırsızlık olayında mağdur olan malı çalınan adamsa da olay hakında mahkeme karar verdikten sonra, daha doğrusu mahkemeye intikal ettikten sonra bu hakkın korunması "hukukullah" (kamu hakları) hüviyetini kazandığı için bunu af veya iskat, Allah'tan başkasının hakkı değildir.

b) Ne kadının bizzat kendisinin ne de kocasının izin ve müsaade etmesi, zina fiilinin haramlık vasfını kaldırmaz. Ne kadının, ne de kocasının böyle bir hak ve yetkileri yoktur. Bu haklar hukukullah'tandır. Şahıslara ait haklardan değildir. (Krş. Eşyada aslolan ibahadır, s. 22).

Hukukullah'ın bu özelliği hakkında pek çok delil mevcuttur. Bunlardan biri, Buhari'deki Hz. Ayşe hadisidir. Hz Üsame, hırsızlık yapan bir kadının elinin kesilmemesi hususunda Hz. Peygamber nezdinde şefaatçi olmak istediğinde Hz. Peygamber (s.a.v); "Sizden önce geçen milletleri mahveden tutum şudur: İçlerinden soylu biri hırsızlık ederse ona ilişmezler, fakat bir zavallı kişi bu suçu işlerse ona ceza tatbik ederlerdi."[277] Beyhaki'nin tesbit ettiği hadis de şöyle: "Kim herhangi bir had konusunda şefaatçi olmaya kalkışırsa, bilsin ki Allah'ın hükmüne karşı cephe almış durumuna düşer."[278]

Bilindiği gibi had, şer'i yani, hukuk düzenince tayin edilen bir cezadır. Kanuni ceza anlamına yakın ise de o değil. Kanuni cezalar durumun icabına göre konulabilir, kaldırılabilir, değiştirilebilir. Hukuki ceza ise Hukuk düzeni ile ilgilidir. İslam Hukukunda bu manada şer'i cezalar (hudud) "tahdidi" (sayıları belli) dir. Bunlar: Zina, hırsızlık ve zina isnadı ile iftira gibi yüz kızartıcı

277 *Buhâri*, Enbiyâ, 54 (4/213); Hudûd, 12; Fedail, 18; *Müslim*, Hudûd, H. No. 1688, *Tirmizi*, Hudûd, H. No. 1430; Ebû Davud, Hudûd, 4, H. No. 4373 .

278 *Beyhâki*, Sünen.

suçlar hakkında ayetle tayin edilen cezalar ile şarap içme hakkında "icma" ile öngörülmüş cezalardır.

İslam Hukuk düzeni değişmez bazı genel prensipler getirmiştir. Bunlardan biri de insanlar için çok zararlı olan belirli bazı kötülüklerin kesinlikle önüne geçmek, bu kötülükleri sadece fert ve toplumun dışına atmak değil, yeryüzünden kaldırmak hedefine yönelmiş prensiplerdir. Hırsızlık ve zina gibi yüz kızartıcı suçların mutlaka ortadan kaldırılması amaç edinilmiştir. Onun için de bu gibi suçlar hakkında değişmez ve af edilmez cezalar tayin etmiştir. Bunların bağışlanmaz cezalar olduğunu bir cihetle böyle anlamak gerektir. Yoksa, maksat, çok ağır gördüğümüz bu cezalarla insanlara eziyet etmek değildir. Suçu sabit olana afsız ve müsamahasız[279] ve suçlu kim olursa olsun herkese eşit bir şekilde uygulanması ile cezanın "caydırıcı" olmasının sağlanması istenmiştir. Kısasta da bu mana vardır. Ancak, öldürülen kişinin varisine af hakkı tanınmıştır ki bu şekilde kısastan sağlanmak istenen netice bir ölçüde sağlanmış yani kan davasının önüne geçilmiş olur. Kısasta hedef adam öldürenin mutlaka "öldürülmesi" değil, adam öldürmelerin ve kan davalarının önünü almak, can güvenliğini sağlamaktır.[280] Şüpheli yani kesin olmayan durumlarda bu hukuki cezalar (hudud)ın uygulanmamasını isteyen hadis bunun en açık delilidir. "Elinizden geldiği ölçüde hadleri tatbik etmeyiniz." (idra'u'l-Hudud, ma's-teta'tum".[281] Hz. Ömer'in kıtlık yılındaki hırsızlık suçlarına ceza tatbik etmemesi de bu ilkenin pratik örneğini teşkil eder.

Hukuki cezalar dediğimiz hadlerin dışındaki cezalar ise kamu yararı (maslaha) çerçevesinde idare ve kaza (yargı) nın yetkisine terk edilmiştir. Cezanın takdiri, icrası, affı mümkündür.

2- Hukukullah'ın ikinci temel özelliği, bu hakları bütün insanların ve onları temsilen otoriteyi (devlet) elinde bulunduranların (ululemr) koruma, savunma ve kovuşturma hakkına sahip olmalarıdır. Bu özelliktir ki İslam Toplum düzeninde bir "hisbe" teşkilatına vücut vermiştir. Bilindiği gibi hisbe teşkilatının kaynağı emri bil-ma'ruf nehy-i anil münkerdir. Dolayısıyla kamu haklarından birini çiğneyen herkese karşı İslam toplumundaki her ferdin

279 Bkz. Nur Sûresi, 2.
280 Bakara Sûresi, 178-179.
281 *Tirmizî,* Hudûd, 6 (IV, 33).

davacı olma davet edilmese bile şahidi olduğu hadise hakkında mahkemeye kendiliğinden gidip şahitlik etme hak ve yetkisi vardır.

Hukukullah tabiri çok iyi anlaşılmak gerekir:

Hakkın unsurlarını tarif ederken unsurlardan birini "alacaklı" olarak tarif etmiştik. Alacak hakkı, bir ihtiyaç veya bir zarar savmalı veya bir yarar sağlamalıdır. Allah ise bunlardan yüce (münezzeh)dir. Allah Te'ala hiç kimsenin ibadetine muhtaç olmadığı gibi hiç kimsenin kötülüğünden de O'na bir zarar gelmez. Öyle ise ibadetler de dahil olmak üzere bu kamu karakterli hakların "Allah'a aidiyet'inin manası nedir?

Bu sorunun cevabını -zaman itibariyle- başta Ebu'l-Kasım et-Tenûhi (h. 7. asır) olmak üzere Allame Sa'duddin Taftazani[282] şöyle açıklamaktadır: "Bu hakların Allah'a bu manada nisbet edilmesi kesinlikle sözkonusu değildir. İbadetler başta olmak üzere kamu karakterli hakların Allah'a nisbet edilerek onlara hukukullah denmesi bu hakların taşıdıkları önemi anlatmak, bu haklarda Allah'tan başka kimsenin tasarruf edemeyeceğini, her önüne gelenin bu nevi haklarla oynayamayacağını, bu hakların, beşeri hayatın devam ve istikrarın temel şartlarından olduğunu ifade etmek içindir".[283]

Özellikle Hanefi müçtehidlerin tasnifine göre Hukukullah sekiz grupta İncelenmektedir.[284]

1- İbadetler: İman, namaz, zekat, oruç, hac ve cihad gibi.

2- Me'unet manası taşıyan ibadetler: Sadakayı fıtır gibi.[285]

---

282 Ebu'l - Kasım, el - Tenûhi (bkz. not 258); Taftazâni, Sa'duddin Mes'ûd b. Ömer (792/1390).

283 *Buhârî*, Abdulaziz, Keşfulpezdevi, IV, 134-135; Taftazâni *Telvih*, 705; Tahanevi, age. I, 361 - 362.

284 Daha önce de işaret eniğimiz gibi usul-i fıkıh kitapları mahkûm bih bahsine bkz.

285 Me'unet tabirinin açıklanmasında yarar vardır. Burada gördüğümüz ve biraz sonra da göreceğimiz gibi sadakayı fıtır'da, öşür'de ve harac'da bu mana mevcuttur. Acaba bu me'unet ne demektir? Me'unetin lûgat manası "kût"dur. Kut; azık, doyumluk, günlük yiyecek, geçim masrafı, geçimlik ... gibi manalara gelir. Fitrede me'unet manası var. Çünkü fakirlerin yiyecek ihtiyaçlarını karşılamayı amaç edinmektedir. Öşür ve harac'da da me'unet manası vardır, çünkü bu vergi, arazinin gerek siyasi gerek zirai bakımdan korunması ve yaşatılmasında kullanılmaktadır. Bu vergilerle ülkeyi bekleyecek asker beslenecek; bu vergilerle araziyi ıslah ve sulama tesisleri kurulacaktır. Bütün bunlara bakarak me'unetin, "yaşatıcı vergi" manasına geldiğini söyleyebiliriz. Bu vergilerin bu manası sebebiyledir ki ibadetle mükellefiyet çağında olmayan küçük çocuklara ait zirai

3- İbadet manası taşıyan Me'unetler: Öşür gibi.

Me'unet manasını aşağıda (not 287) açıkladık. Öşrün ibadet manası ise şöyle izah edilmektedir. Öşür Allah'ın bir emri olarak ve Allah rızası için, sırf müslümanlara ait bir mükellefiyettir. Gayrimüslim öşür mükellefi değildir... gayrimüslim öşri bir araziye de sahip olsa ondan öşür değil "haraç" adı verilen diğer bir arazi vergisi alınır.[286]

4- İçinde ceza manası saklı me'unetler: Haraç ve cizye gibi.[287]

---

mahsulden de öşür ve haraç ödenecek; çocukların malından veya çocuklar namına da fıtır sadakası verilecektir. Gerçi zekatta da bu mana vardır. Fakat zekat, ihtiyaç sahibinin varlığı veya yokluğu söz konusu olmaksızın hatta nazari olarak dünyada ihtiyaç sahibi hiç bir fakirin bulunmadığı farzedilse bile yine ibadet olarak ödenmesi gerektiği bir hak olduğu için zekatta me'unet manasından çok malın temizlenmesini de içeren ibadet manası bulunduğu için Hanifilerce ancak, ibadet mükelleflerinin zekatla mükellef olduğu görüşü benimsenmiş; küçük çocuklar gibi mükellefiyet çağında olmayan kişilere ait mallardan veli veya vasi tarafından zekat verilemeyeceği içtihadında bulunulmuştur. Şafilerce ise zekatta da diğer vergiler gibi me'unet manası dikkate alınarak ibadetle mükellef olmayan "kasırların mallarından da veli veya vasileri tarafından zekatın ödenmesinin gerektiği görüşü müdafaa edilmektedir. Bu ihtilaf ayrıca, zekatın malî bir mükellefiyet mi yoksa şahsi bir hak mı olduğu çerçevesinde İncelenmektedir. Bkz. İbnu'l-Humam, *Feth*, II, 156; Kâsânî, *Bedâyi'*, II, 2-8; Şafii, *el-Umm*, 2-24.

286 Öşür ibadet kasdı ile verilen tarım ürünü vergisidir. Haraç ise ibadet kasdı aranmaksızın tarım ürün veya arazilerinden alınan vergidir. Öşür de haraç da temelde arazi vergisidir. Bu vergi İslam'dan önce de mevcuttu. İslam'da bu vergi prensip olarak muhafaza edilmekle beraber, müslüman hakkında aynı zamanda mali bir ibadet sayılmış; adına öşür denmiştir. Müslüman olmayanlar hakkında ise "haraç" adı olduğu gibi bırakılmıştır. Gerek öşür gerek haraç, gelir getiren (nami) araziye konmuş vergilerdir. Bir farklaki "nema" öşürde hakiki, harac'da ise hükmi (itibari) dir. Yani haraç ürün elde etme imkanına bağlı iken, öşür, ürün elde etmiş olmaya bağlıdır. Ürün elde etmek mümkün olduğu halde üretimde bulunmayan haraç arazisi sahibi, ürün elde etmiş gibi, vergisini ödemek zorunda kalır. Başka bir ifade ile haraç zimmette sabit bir borç mahiyetinde iken öşür ayni bir haktır. Ayrıca öşür ve haraç, gerek nisbetleri gerek masrafları (dağıtım yeri) bakımından birbirinden farklıdır; Öşür, nisbet olarak ondabir ('uşr); masraflı tarımda yirmide bir (nıfsu'l-'uşr) iken bu nisbet haraç'da onda birden ('uşr) yarıya (nisf) kadar değişebilir. Öşür fukaranın hakkı iken haraç yurt savunması dahil, kamu giderlerine harcanır. (Bkz. Fıkıh kitaplarında "al'-uşr ve'l-Haraç" bahisleri, ezcümle: *Bedâyi'*, II, 53; *Fethu'l-Kadir*, VI, 31; *Usulu's-Serahsi*, II, 292 v.d; *Keşfu'l-Pezdevî*, IV, 140).

287 Haraç'da ceza manası Hanefi içtihadında daha çok haraç mükellefi gayrimüslim olması ile izah ediliyor gibi görünüyor ise de (bkz. *Usulu's Serahsi*, II, 292; *Keşfu'l-Pezdevi*, IV, 140) Hz. Ömer'in bu vergiyi ilk vaz'edişi dikkate alınarak Hanefi içtihadını böyle anlamanın isabetli olmadığı, buradaki ceza manasını haraç'da nemanın hükmi (itibari) olması ile

5- Tam cezalar: Bunlar zina, hırsızlık, yol kesme ve şarap içme gibi suçlar için hukuken (şer'an) tayin edilen ve "hudud" adı verilen cezalardır.

6- Tam olmayan cezalar: Akrabasını öldüren katilin öldürdüğü akrabasının mirasından mahrumiyet cezası gibi. Bu cezaya tam olmayan ceza denmesi, cezanın; mirastan mahrumiyet olup, kendisinden, ceza olmak üzere bir şey çıkmaması şeklinde izah edilmektedir. Katlin ceza'i yönü ayrıdır. Burada kasdedilen, mirasla ilgi mahrumiyet cezasıdır.

7- Ceza ve ibadet manalarını birilkte ihtiva eden keffaretler gibi haklar: Bunlar yemin edip yeminini bozan; hata ile adam öldüren veya kasden orucunu bozan kimselerin keffaretleri ile hac esnasında av hayvanını öldüren kimselerin mükellef olduğu keffaretlerdir. Bunlardaki ibadet manası açıktır. Çünkü herbiri ya oruç tutmaktır ya sadaka vermektir yahut köle azad etmektir. Bunlar ise ibadetlerdir. Bunların ceza manaları da açıktır. Çünkü bu mükellefiyetler, işlenen bir kusur karşısında doğmaktadır.

8- İbadet, ceza veya me'unet gibi herhangi bir manada olmaksızın mutlak surette mevcut haklar; Bu haklar fıkıhta "hakkun ka'imun binefsih" olarak tarif edilir. Bu hak, bir bakıma belirli mükellefi bulunmayan hak demektir. Ancak bu, tıpkı mülkiyet hakkında olduğu gibi anlaşılmalıdır. Mülkiyet hakkının da belirli passif süjesi yok gibidir. Halbuki haddi zatında mülkiyet hakkının passif süjesi bütün insanlardır. İşte ganimetlerle madenlerin beşte birinin de belirli passif süjesi yok gibi ise de haddi zatında ganimet hakkında gazilerin tamamı; madenler hakkında bütün insanlar bu hakkın passif süjesi durumundadır. Esasen kamuya ait olan bu hakkın dağıtım dışı tutulmasından herkes, herkes adına da 'ulü'l-emr sorumludur (mükellef). Bu manada bir hak ve mükellefiyetin diğer hukuk sistemlerinde örneği yoktur.

2) Hukuku İbad

Bu haklar insanların menfaatleri ile ilgili haklardır. Bu menfaatler "genel" ve "özel" diye ikiye ayrılır.

---

izah etmek gerektiği müdafaa edilmektedir. Bkz. *Fethu'l-Kadir*, VI, 42; Dr. A. Fehmi Ebu Sunne, *Nazariyye-tu'l-Hak fi'l-Fikhi'l-İslami*, Kahire 1971, s. 179.

Genel haklar herkesi ilgilendiren menfaatlerle alakalı haklardır ki aydınlanma, su, eğitim, sağlık ve adalet kuruluşları, genel nakil vasıtaları, yollar ile avlanma ve arazi ihyası gibi mubahlardan intifa' hakları bu kategoriye girer.

Bu sayılan şeylerden yararlanmada herkesin ortak hakkı, bunları korumak herkesin vazifesi ve otoriteyi elinde bulunduran (ulü'l-emr)in bu konuda toplum fertlerinin bir vekili sıfatı ile bunları koruma ödevi ve gereken harcamaları kamu namına beytulmalden yapma yetkisi bu hakların genellik karakterini açıklar.[288]

Bu manası ile bu haklar kamu karakterli olup bunların düşürülmesi (iskat) ancak, kamu yararı mülahazası çerçevesinde söz konusu olabilir. Yoksa, belirli şahısların çıkarı için değil.

Özel haklar, kişinin kendi evi, işi ve eşi üzerinde olduğu gibi şahsi ihtiyaç ve menfaati sebebiyle mevcut haklardır. Bu sebepledir ki bu haklarda tasarruf yetkisi ancak bu hakların sahibi kişilere aittir. Bu nevi haklarda hakkını arama veya ıskatı mümkün ise iskat vs. tamamen hakkın sahibi fertlere aittir. Burada bir soru tabii olarak akla gelebilir: Ferde ait hakkı korumak da netice itibariyle toplum yararına bir iştir. Zira fert toplumu meydana getiren bir yapı taşıdır. O zaman özel haklara genel haklardan ayrı özel hak demenin ne manası olabilir?

Üzerinde düşünüldüğünde görülür ki özel haklarda hak sahipliği temelde ve asaleten ferde aittir. Ama bu, istisnai hallerde genel menfaat konusu olmaya engel teşkil etmez. Nasıl kişinin özel hakkını toplum adına otorite (devlet) koruyorsa, aynı şekilde savaş, kıtlık, salgın hastalık ve benzeri olağanüstü durumlarda özel haklar genel menfaatlere konu olabilir.

Görüldüğü gibi mes'eleyi kaide ve istisna olarak değerlendirince aradaki fark hakkın özel mi yoksa genel mi olduğu noktasında kendisini gösterir. Genel haklar ortak; özel haklar şahsidir. Genel hakların şahsiliği istisna olduğu gibi, özel hakların ortaklığı da istisnadır.

3) Karma Nitelikli Haklar

288 Bkz. el-Maverdi, *el-Ahkâmu's-Sultaniyye*, el-Hakku'l-Âmm. Kaynaklarda görüleceği gibi, genel hak veya kamu hakları hem Allah'a ait hakların hem insanlara ait müşterek ve umumi hakların ortak adıdır.

İnsanın kendi hayatını, aklını ve sağlığını koruması, hürriyet hakkına sahip olması, malını boş yere ve gayrimeşru şekilde telef etmekten koruması... bütün bunlarda "insan hayatının ve dünya nizamının korunması" diye ifade edebileceğimiz "hakkullah" yanında bizzat kişiyi, hayatı, sıhhati ve malı ile ilgili konularda şahsen alakadar eden menfaatler (mesalih) vardır.

Elverişli bir idarenin teşekkülü için zorunlu vatandaşlık ve meşveret (seçme, seçilme ve şura) haklarını da bu haklar çerçevesinde zikretmek mümkündür.[289]

Bu kabil haklardan hangisinin ağır bastığına bakılmaktadır.

Hakkullah'ın galip görüldüğü haklarda tasarruf ve bunları iskat caiz olmaz. İnsanın kendi canına veya sağlığına kasd veya kendi malını faydasız yere telef etmesinin caiz olmaması bu hakların bu özelliğine bağlıdır. Nitekim ayeti kerimelerde "Kendi kendinizi öldürmeyiniz. Allah size karşı merhametlidir"; "Kendi kendinizi tehlikeye atmayınız." ve "Sizin için hayat ve geçim kaynağı olarak yarattığımız mallarınızı aklı ermeyen sefihlere teslim etmeyiniz." buyurulmaktadır.[290] Gerçi son ayetteki emir, aklı ermeyen (sefih) lerin malı ile ilgilidir ama ayeti kerimeden çıkan mana insanın dilediği gibi "keyfemayeşa" tasarrufta bulunmasının haram olduğu merkezindedir. Esasen Hz. Peygamber (s.a.v), malı iza'a etmekten men'etmek suretiyle ayeti kerimeden dolaylı olarak anlaşılan manayı açıklamıştır.[291] İza'a, zayi etmek, faydasız yere elinden çıkarmak demektir.

Boşanan veya kocası ölen kadınların bir başka evlilikten önce belli bir müddet beklemesi, (iddet) mecburiyeti de "hakkullah" özelliğinin galip olduğu haklardandır. Aile müessesesine saygı ve neslin korunması gibi amaçları içeren bu hakkın iskat edilmesi, mahkeme kararı ile de olsa iddet beklemeden evlenme caiz olmaz.

---

289 Krş. Ebu Sunna, *Nazariyetu'l-Hakk fi'l-Fıkhi'l-İslami* (el-Fikhu'l-İslami, Kahire 1971 adlı eser içinde makale), s. 180 v.d. ez-Zerka, age. III, 17 v.d.

290 Bu ayetlerin sıra ile numaraları: Nisa (IV), 29; Bakara (II), 195; Nisa (IV), 5.

291 *Buhari*, Zekat, 18; Husumat, 23, İstikraz 19; *Müslim*, Akdiye, 14; *Darimi*, Rikak, 38; *Ahmed b. Hanbel*, IV, 250, 251, 255.

Hadd-ı kazf yani zina isnadı şeklindeki iftira cezası da karma nitelikli bir hak olup bunda da hakkullah galip telakki ve mağdurun affı ile bu cezanın düşmeyeceği kabul edilmiştir.[292]

Kasden adam öldürme, zina, iftira, hırsızlık, eşkiyalık ve şarap içme suçlarına tatbik edilen ve yukarıda açıklanan had cezaları dışında te'dib (ıslah, uslandırma) cezası demek olan "ta'zir" cezalarında da her iki hak birlikte mevcut olduğundan, mesela bir kimsenin kısas hakkını bağışlaması "hakkullah"ın da bağışlanmış olmasını gerektirmediği için kasden adam öldürme hakkında kamu davası sürebilir. Bu durumda suçlu kısas cezası ölçüsünü bulmamak üzere cezalandırılabilir. Malına zarar verilen şahsın suçlu ile sulh olması halinde cezanın hafifletilmesi prensipleri hakkın bu karakterine bağlıdır.

Hakkın sahibine göre yapılan bu tasnif Fahru'l-İslam Pezdevi (482/1089) ve Şemsu'l-Eimme Serahsi (490/1097) den itibaren hemen bütün usulü fıkıh eserlerinde mevcuttur. Açıktır ki bu taksim, belli bir bakış açısına göre ve "istikra" metodu ile yapılmıştır. Esasen her kategoriye giren hakların tasnifinin "istikra'i" olduğu Molla Hüsrev tarafından tasrih edilmektedir.[293]

bb) Modern Taksim

Fıkıhta hakkın başka açılardan taksimi ile pek meşgul olunmamıştır. Ancak bu durum, İslam Hukukuna göre hakkın başka türlü bir taksim ve tasnife müsait olmadığı anlamına gelmez. Çünkü biz biliyoruz ki değişik açıdan ele alınınca hakların mali ve şahsi; mücerred ve müşahhas; dini ve kaza'i çeşitlerinin bulunduğu görülür.

Hakkın ve dolayısıyla hukukun daha iyi kavranabilmesi için faydalı görüldüğünden, son zamanlarda daha çok batılı hukukçuların çalışmaları da dikkate alınarak hakkın bu manada çeşitli tasnif ve taksimleri yapılmıştır. Senhuri, Zerka ve Ebu Sünne bu nevi taksim ile meşgul olanlardandır.

Biz önce Ebu Sünne'nin taksimini görmek istiyoruz. Ezher Üniversitesi öğretim üyelerinden Dr. Ahmed Fehmi Ebu Sünne, Mısır Diyanet İşlerince *"el-Fıkhu'l-İslami"* adıyla 1971 yılında neşredilen birinci kitabın 173-274 say-

292 Hudarî, *Usul*, 1969 Mısır; s. 32, Molla Husrev, *Mir'at*, s. 583.
293 Molla Hüsrev, *Mir'at*, 577.

faları arasında yer alan "Nazariyyatu'l Hak" adlı ilmi makalesi hakkında yukarıda anlattığımız taksiminden başka aşağıdaki taksimi vermiştir.

1- İlgili olduğu yere (mahal) göre hak: Bu bakış açısından hak, mütekarrir ve mücerred diye iki grupta incelenebilir. Mütekarrir herhangi bir insan veya eşya üzerinde bulunan, bunlar üzerinde -adeta- yerleşik durumda sayılan haklar; mücerred ise insan veya eşya olarak herhangi müşahhas bir şey üzerinde bulunmayan tek başına -ortalıkla- bir hak demektir.

Bir ayn veya bir menfaat üzerindeki mülkiyet hakkı ile geçit hakkına, belirli bir yeri sulama hakkına, alacaklının rehin malı habs hakkına, hibeden rücu hakkına, kocanın karısı üzerindeki nikahtan doğan kocalık hakkına ve kasden adam öldüren şahıs üzerindeki kısas hakkına "mütekarrir" (yerleşik) haklar diyeceğiz.

Buna mukabil mesela şuf'a hakkına mücerred hak denebilir. Şuf'a hakkı bir temellük hakkıdır. Kullanılması takdirinde mülkiyet doğuran kullanılmadığı takdirde hiçbir hukuki netice doğurmayan niteliktedir. Dolayısıyla temellük hakkına konu olan eşya üzerinde yerleşik sayılmaz. Yerleşik olsaydı bu hakkımı kullanmıyorum demesine ihtiyaç olurdu. Halbuki şuf'a hakkının kullanılması "ben şefiim", "ben şuf'a hakkımı kullanacağım" şeklinde kurucu (inşa'i) bir tasarruf gerektirmekte, üstelik bunu şuf'aya konu olacak eşya ile ilgili mülkiyet geçirici akidden haberdar olur olmaz derhal (*musavebe*) belirtilmesi şarttır. Derhal kullanmış olmamak bu hakkın kaybedilmesi için yeterli sebeptir. Halbuki eğer bu hak şuf'aya konu olan eşya üzerinde yerleşik karakterde bir hak olsa idi bu haktan boşaltılmadan o eşya üzerinde bir başka hak kurulamazdı. Nitekim belirli bir mal üzerinde yerleşik bulunan mülkiyet hakkı, kullanılsın, kullanılmasın, mal bu hak ile meşguldür, üzerinde bir ikinci mülkiyet kurulamaz. Eşya üzerinde mevcut mülkiyet hakkı sahibi tarafından kaldırılmadıkça hangi hukuki veya gayri hukuki muamelelerle ne kadar el değiştirirse değiştirsin o mal üzerinde daima sahibinin mülkiyet hakkı sabit kalır.

Fikir hakları da mücerred haklar grubuna girer. Zira, fikri hak, üzerinde yazı yazılan, resim çizilen kağıda; yazmakta kullanılan kaleme ve mürekkebe bağlı bir hak değil, fikrin ürünü olan ve bir yerde yerleşik kabul edilmesi mümkün olmayan mücerred bir haktır. Bir kimsenin yazdığı eser veya çizdiği

proje üzerindeki telif hakkı mücerred bir haktır. Gerçi bir eser halinde kağıda geçirilmiş hali ile maddi bir ürün haline de gelebilir ama bu ürün hiçbir zaman hakkın kendisi değildir. Hak bu üründen başka bir şeydir. Hatta sahibi onu satmak suretiyle devretse bile sübjektif manada sahibine ait olmakta devam eder. Her neşirde onun adını, imzasını taşır. Devredilen şey sadece onun mali değeri olur. Telif hakkı satın alınmış da olsa, bu eserin bir başkasının imzası ile neşri haksızlıktır. Eserin sahibi lehine dava hakkı doğurur.

İslam Hukukçuları mücerred hakları bu arada fikri hakları mali haklardan saymamışlardır. Bu durumu, mücerred hakkı, mal saymama ile izah etmek mümkün olduğu gibi ilim ürünleri gibi kutsal şeylerin piyasa konusu yapılmaması gibi bir düşünce ile veya matbaa gibi bir seri çoğaltma aracının bulunmadığı devirler için esasen piyasa konusu olmaya elverişli olmaması ile de izah etmek mümkündür. Esasen bu haklar, bütün hukuk sistemlerinde yeni bir hadisedir.[294]

Yerleşik (mütekarrir) dediğimiz haklar da mali olan ve olmayan diye ikiye ayrılabilir.

Hakla ilgili şey bir maddi mal, bir menfaat, bir borç ve bir rehin üzerindeki habs hakkı ve bir geçit hakkı gibi irtifak haklarından bir haksa, bunlara mali haklar; kısas gibi bir hak ise bunlara gayri-mali haklar denebilir.

İslam Hukukuna göre bir hak mali haksa, onu paraya çevirmek mümkündür. Mali olmayan hakların bir kısmı mali mübadeleye konu olabilir: Kısas gibi. Bir kısmı olamaz: Velayet hakları gibi.

Aşağıdaki örnek, bazı gayri mali hakların mali mübadeleye konu edilebileceğinin tipik bir örneğini teşkil eder.

"Davalı, davacıya karşı borçlu olduğu yemine karşılık bir meblağ üzerinde sulh teklif etse ve bunu davacı kabul etse gayri mali bir hak olan yemin karşılığında yapılan bu mali sulh anlaşması geçerlidir. Çünkü "isbat (beyyine) davacıya; yemin davalıya düşer" hadisi şerifine göre[295] davalı, davacı lehine ye-

294 Krş. Velidedeoğlu, age. s. 334 v.d.; ez-Zerkâ, age. III, 21, not, 1; Ebu Sünne age. s. 182.

295 *Buhari*, Şehadat, 1; Rehn, 2, 6, 23; *Müslim*, Akdiye, 1, 2, H. No. 1711; *Ebû Davud*, Akdiye, 23 H, No. 3619; *Tirmizî*, Ahkam, 16 H. No. 5427.

min borçludur. Davacı bu hakkına mukabil üzerinde anlaşmaya varılan (sulh) meblağı alabilir.[296]

Babanın çocukları üzerindeki velayet hakkı; çocuğun babasına evlatlık hakkı; zevcenin kocasına sadakat hakkı ve fıtri haklar dediğimiz hayat hakkı; hürriyet yani, insanın gerek kişiliği gerek hukuki kurallar çerçevesindeki davranış ve tasarruf serbestisi ile hukuk karşısındaki eşitlik hakları, başka bir ifade ile siyasi haklar, mali karakterde olmayan yani paraya çevrilmesi caiz ve mümkün olmayan haklardır.[297]

2- Kullanılışı Sırasında Kendisini Gösteren Bariz Özelliğine Göre Haklar:

Bu haklar da: a) Ayn'a ilişkin haklar, ve b) Zimmete müteallik haklar diye iki grupta incelenebilir.

a) Ayn'a ilişkin hak, bir hane üzerindeki mülkiyet, bir rehin mal üzerindeki haps, belirli bir su kanalından ekin sulama, zekat malları üzerindeki Allah'a ait hak (özellikle zira'i mahsul üzerinde); babanın evladı üzerindeki velayet hakkı, annenin küçük çocuğu üzerindeki bakım (hadane) hakkı gibi elle tutulur gözle görülür varlığı olan şeyler üzerindeki haklardır. Ayn burada maddi mal anlamında olarak değil, "müşahhas ve muayyen olan şey yani elle tutulur, gözle görülür maddi varlıklar anlamındadır. Onun için bu taksimde bu haklara ayni haklar diyemiyoruz.

Görüldüğü gibi bu haklar, doğrudan doğruya eşya ve şahıslar, ama mutlaka muayyen bir varlık üzerinde kurulmuş haklar olup bu hakkı kullanmak de yoktur. Hakları ihlal etmeme bakımında ise bütün insanlar pasif süje durumunda kabul edilir ki bu hakların herkese karşı kabili dermeyan olabilme özelliğiden dolayı modern hukukçular bu haklara mutlak haklar diyorlar.[298]

Bu haklarda hakkın konusu (obje) pasif süje görünümündedir. Ve bu görüntü sebebiyledir ki bu alaka insan-eşya veya insan insan alakası olarak kabul edilir.

İnsan-eşya ilişkisi kendisini en açık şekilde, kaybedilmiş eşya ile başkasının zilyedliğine emaneten teslim edilmiş eşyada gösterir.

296 Kâsâni, *Bedâyi'*, II, 50.
297 Krş. Ebû Sünne, 183.
298 Krş. Velidedeoğlu, s. 11 v.d.

Vedi'a (emanet), ariyet (kullanılmak üzere birine iğreti olarak verilen şey), lukata (buluntu eşya), me'cur (kira ile tutulan ev vasıta gibi şeyler), ortağın elindeki şirket malı ve vasinin zilyedliğindeki yetim malı... Bütün bu şeyler meşru zilyed durumunda olan kişilerin elinde "emanet kabilinden" dir. Yani bu eşyanın malikinin bu eşya ile ilişkisi zilyedlerin zimmetleri ile değil; o eşyanın ayn'ları ile ilgili olup zilyedin bir haksız fiili (ta'addî) olmadan bir zarara uğrar veya telef olursa malik lehine zilyetler üzerinde bir hak (borç) doğmaz. Fakat eğer zilyedler bu eşyaya kendileri zarar verirse o takdirde hak ayn'a ilişkin bir hak olmaktan çıkar; zimmete ilişkin bir hakka; yani aynî hak iken, şahsi hakka dönüşür. Bu hüküm emanet kabilinden olan bütün zilyedliklerde geçerlidir.

Yukarıda mücerred haklar sırasında sözünü ettiğimiz haklarda bu manada aynî haklardan sayılmak gerekir. Örf ve adet ile kamu yararı (maslaha) yönündeki umumi İslam prensipleri, bu yöne ağırlık verir. Vakı'a Hanefiler şuf'a hakkı gibi mücerred hakların mali mübadeleye konu olamayacağını haklı olarak belirtmişlerdir. Fakat mahiyet itibariyle şuf'a hakkı ile fikir hakkı arasında açık fark vardır. Şuf'a hakkı sadece komşu veya ortak maldan öncelikle istifade ve beraber olacağı yeni komşu veya ortağı seçmek gibi manevi bir menfaate dayanırken fikri hak bir emeğe ve gayrete dayanmaktadır.

Şuf'a hakkının mübadeleye konu edilmesi mürüvvete de aykırı telakki edilebilir ve bir haksız iktisap manası taşıyabilir. Ancak fikri hakkın mübadeleye konu edilmesi öyle telakki edilemez. Bu muamele çeşidi yerleşinceye kadar belki eskiden mürüvvete aykırı telakki edilmiş olsa bile bugün artık böyle bir telakki kalmamıştır.

Bu arada belirtelim ki fikri hakkın bir orijinaliteye sahip olması bir buluş (ibtikar, ihtira) niteliğinde olması gerektir. Yoksa, şuradan buradan derlenen malzemelerin bir araya getirilmesi ile bir hadis mecmu'ası, bir hutbeler mecmu'ası, bir şiirler antolojisi meydana getirmek bir fikrî hakkın konusu olamaz. Aynı malzemeyi bir başkası da değişik tertiplerle takdim edebilir.

Bu manada aynî haklar çoktur. En bellibaşlılarını beş grupta toplayabiliriz.

1- Rakabe (çıplak mülkiyet) dahil, mülkiyet hakkı ve bu hakkın sağladığı tasarruf yetkileri: Bu yetkileri kullanma (isti'mal) ve gelirinden yararlanma (istiğlal) da dahil olmak üzere "intifa" (yararlanma, usufruct) hakları ile istihlak (tüketim), tamir, tebdil ve nihayet mülkiyeti devir veya başka yolla

elinden çıkarma; rehin bırakma ve irtifak haklarının kurulmasını kabul gibi yetkileri içerir.

2- Rakabe mülkiyeti hariç, sırf menfaat mülkiyeti: isti'mal ve istiğlal haklarını kapsayan bir intifa mülkiyeti hakkı olup her türlü menfaat mülkiyeti ile kiracının kiralanan şey üzerindeki istifade hakkı hep bu menfaat mülkiyetinin konusuna girer.

3- Alacak (deyn) teminatı olarak alınan rehin mal aynî hak konusudur.

4- Zekat, öşür ve nezr-i muayyen gibi ayn'lara müteallik hukukullah aynî haklardandır. (Hanefi içtihadında zekata müteallik hakkın aynî hak olup olmadığı mes'elesi tartışmalıdır).

5- Eşya sahibinin emanet bıraktığı eşya üzerindeki, eşyanın muhafazası ve istediği zaman sahibine teslim etmesi gibi haklar, aynî haklardandır.

Roma Hukukuna dayalı hak taksiminde bu beş gurup haktan ilk iki guruba giren haklara -kiracının me'cur üzerindeki hak müstesna. Çünkü bu hak her zaman aynî hak kuvvetinde olmayabilir- aslî aynî haklar; rehin hakları gibi teminat haklarına ise, bir borç sebebiyle ve borçtan dolayı olduğundan dolayı fer'i aynî haklar denmektedir ki böyle bir adlandırma İslam Hukukuna da yabancı gelmez.

İslam Hukukuna göre aynî haklara mukabil zimmette sabit haklar vardır ki bu, kişiler arasındaki her türlü borç ilişkilerini ifade eder. Bu haklar ya mali bir borç yahut mali olmayan bir borç olabilir. Keza bu hak bir bina (inşaat) yapıverme veya elbise dikiverme; işinde çalışıverme veya karı-koca arasındaki muaşeret vazifesi gibi bir iş (amel) olabileceği gibi; kocasının hoşlanmadığı kimseleri eve sokmama; gayrimenkulüne belirli irtifadan daha yüksek bina yapmama gibi bir sakınma (imtina) da olabilir. Veya evladın babasına nisbeti gibi tamamen değişik karakterde bir hak da olabilir ve bu haklar zimmete müteallik haklardır.

İfa (eda, edim) konusu olmaları, zimmete, müteallik hakların özelliğidir. Bu edim yukarıda ifade ettiğimiz gibi müsbet yönde de olabilir - bir şeyi yapma gibi - menfi yönde de olabilir - bir şeyi yapmaktan sakınma gibi.

Zimmete müteallik ifa bizzat mükellefe ait olabildiği gibi -ki ibadetler böyledir-; mali mükellefiyetlerde olduğu gibi mükellefin velisi ve vasisi gibi kanuni temsilcileri tarafından da ifa edilebilir. Çocuğa ait zirai mahsulden

öşür alınması, gücü yetmeyen kimsenin masrafını vererek birini kendi yerine hacca göndermesi, zimmete müteallik hakkın ifası ile ilgili bu özelliği açıklar.

Roma Hukukuna bağlı hukuk sistemlerine göre yapılan tasnifte bu gurupta incelenen haklardan "ayn"larla ilgili olanlar (ayn münhasıran maddi mal anlamında olmak şartıyla) aynî haklar; zimmete müteallik haklara ise "şahsi" (nisbi) haklar denmektedir.[299]

Böyle bir tasnif, İslam Hukukuna göre yapılan "aynlara ilişkin haklar" ve "zimmete ilişkin" haklar ayırımına göre dar çerçeveli sayılabilir ise de bakış açısı farklı olunca bu netice de normal olur. Zira bilindiği gibi Roma Hukukuna dayalı "aynî haklar" tasnifi tamamen maddi mal anlamındaki "eşya" ile ilgilidir.

3- Dini Hak - Kaza'i Hak

Haddi zatında hukuken (şer'an) sabit ve fakat mahkemede ispat edilemeyen haklara dini; haddi zatında hukukan sabit olması veya olmamasından kat'annazar mahkemede ispat edilen haklara ise kaza'i hak denir.

Kaza'i hak-dini hak ayırımı temelde hakimin verdiği kararla ilgilidir. Prensip olarak hakimin inşa yetkisi sahasına giren konulardaki kararları iki yalancı şahidin şahadetine de dayansa, hükmün konusunu, İmam-ı A'zam Ebu Hanife'ye göre zahiren olduğu gibi batınan da meşru kılar. İmam Ebu Yusuf, İmam Muhammed ve İmam Şafii'ye göre ise yalan şahitliğine dayanan hüküm, konusunu zahiren meşru kılsa da batınan meşru kılamaz.

Buna göre hakimin prensip olarak inşa yetkisi sahasına giren akit ve fesihlerle ilgili ve yalan şahitliğine dayalı kararının, hükmün konusunu batman da meşru kılıp kılmayacağı mes'elesi tartışmalı iken, hakimin prensip olarak inşa yetkisi sahasına girmeyen "mutlak mülkiyet", "ayni helal" ve "ayni haram"larla ilgili kararlarının batınan hüküm ifade etmeyeceğinde icma vardır.

Bu ihtilafın dayandığı delil:

"Siz bana davalarınızı arzediyorsunuz. Olabilir ki kiminiz davasını kiminden daha iyi savunur. Ben de insanım. Ben kime kardeşinin malını haksız yere hükmedersem biliniz ki o kimseye ateşten bir parça kesivermişimdir"[300] hadisidir.

---

299 Krş. Velidedeoğlu, age, s. 211 v.d.

300 *Buhari*, Şehadât, 27; Ahkâm, 205; Hiyel, 10; *Müslim*, Akdiye, 4; *Ebu Davud*, Akdiye, 7; *Tirmizi*, Ahkam 11.

Hadisi şeriften anlaşıldığı gibi hakim peygamber de olsa verdiği hüküm helali haram, haramı helal kılmamakta; haksız bir şekilde kimsenin hakkını kimseye mal edememektedir.

Kısaca "şeriatın kestiği parmak acımaz" ifadesinde abideleşen bir "adalete saygı" telakkisi niza'ı sona erdirse de hakkın sahibini değiştiremez.

İmam-ı A'zam Ebu Hanife bu hadisi şeriften haberder olmakla beraber "kaza" ve "şahitlik" müessesesinin mana ve özünden hareketle hakimin, hükmün konusu ile ilgili yetkilerini dikkate alarak "akid" ve "fesih" konularında farklı içtihadda bulunmuştur.

Bu itibarla mesela hakimin iki yalan şahidin şehadeti ile:

a) "Alım - satım", "nikah" ve "talak" gibi akid ve fesih konularında verdiği kararın "batini" (dini) yönü tartışmalıdır, fakat,

b) Bir mal hakkında zilyedliğe istinaden verilen mülkiyet hükmü "batınan" geçersizdir. O mal hakimin hükmü ile zilyedin hakikatte hakkı haline gelmez. Keza hakim karar da verse bir kadının iddet müddeti içinde evlenmesi helal olmaz.[301]

c) A'ya ait araziyi B, uzun bir müddet zilyedliğinde bulundurmuştur. Bu müddet 10 sene, 15 sene veya 33 sene olsun.

Hukuki bir mazereti olmaksızın bu müddet zarfında mahkeme nezdinde hakkını aramamışsa, A'nın karşısına hakkını ispatla ilgili usuli bir engel çıkar. Maliki içtihadında 10 sene; Hanefi içtihadında 33 sene geçtikten sonra gayrimenkulle ilgili dava dinlenmez.[302] Hanefi içtihadındaki 33 yıllık içtihadi hüküm sultan iradesi ile mirî arazide 10, mülk arazide 15, vakfa, yetime ve gaibe ait arazide 33 sene olarak tesbit edilmiştir.[303]

İslam Hukukçularının yapmış oldukları bu tasnifleri gördükten sonra netice olarak İslam Hukukuna göre "Özel Mülkiyet Hakkı" nın:

301 *Bedâyi'*, VII, 15.
302 *İbn-i Abidin*, IV, 337.
303 *İbn-i Abidin*, IV, 337.

a) Hukuk'un "Hak Sahibi" açısından yapılan:

1- Hukukullah (Kamu Hukuku ve Genel Haklar)

2- Hukuku İbad (Özel Hukuk)

3- Karma Nitelikli Haklar taksiminde "Hukuku ibad" kısmında;

b) Hukuk'un "Ahkam" manasına göre yapılan:

1- İbadetler Hukuku

2- Aile Hukuku

3- Muamelat Hukuku

4- İdare Hukuku

5- Ceza Hukuku

6- Devletler Hukuku

7- Abad-ı Mu'aşeret Hukuku, tasnifinde, "Mu'amelat Hukuku" konuları arasında;

c) Hakların kullanılmasında kendisini gösteren bariz özelliklerine göre yapılan:

1- Zimmete Müteallik Haklar

2- Zimmetin Mukabili Manada Olmak Üzere Genel Anlamda A'yan Üzerindeki Haklar

taksiminde yer alan "Genel Anlamdaki A'yan Üzerindeki Hakların":

I) Şahıslar Üzerinde Haklar

II) Eşya Üzerinde Haklar, tasnifinde yer alan "Eşya Üzerindeki Haklar" bölümünde yer aldığını söyleyebiliriz.

Özet olarak diyeceğiz ki, Roma Hukukuna göre yapılan tasnifte **Özel Hukuk**'un **Eşya Hukuku** bölümünün aynî haklar kısmında yer alan mülkiyet, İslam Hukukunda "**Özel Hukuk**" (hukuku ibad)'un "**muamelat**" bölümünün "mal ve haklar" la ilgili bahislerinde incelenir.

II. BÖLÜM:
MÜLKİYET

I- GENEL OLARAK

Malın tarifinde gördüğümüz gibi bazı şeylerde malolma (maliyet) niteliği vardır ve bu vasfı sebebiyle onlara “mal” denmektedir. Yine gördük ki eşyanın bu niteliği, insanların bunları edinmeleri; yararlanma ve hukuki muamelelere konu etmek üzere bunlara sahip olmaları, yani kendilerine mal etmeleri ile ilgilidir.

Bu ise ancak “hiyazet” ve “ihtisas” ile gerçekleşebilir.

a) Hiyazet ve ihraz: Eşyada aslolan ibaha olduğundan[1] insanların ihtiyaçlarını karşılamak üzere yaratılan ve dünyada mevcut her şey aslında mubah ve bu mubah şeyleri ele geçirme hususunda herkes eşit hakka sahiptir.[2] Yani arzu eden herkes mubah mallardan istifade edebilir. Kimse kimsenin istifadesine mani olamaz. Bu istifade nasıl gerçekleşir? Tabiidir ki istifade şekli eşyadan eşyaya; ihtiyaçtan ihtiyaca; fizik çevreden fizik çevreye değişiklik arzedecektir. Bir akarsu başında yaşayan bir kimse için “su”dan istifade biçimi çok basittir. Her ihtiyaç duydukça suyun başına varıp suyu içmesinden veya kullanmasından ibarettir. Fakat, akarsuyu bulunmayan bir bölgede yaşayan kimselerin sudan istifadesi bölgeden bölgeye değişecek çeşitli faaliyetler gerektirebilir. Yerine göre kuyudan, yerine göre uzaklardan su taşıyıp ihtiyaç anında içmek veya kullanmak üzere evindeki kaplarını dolduracak, yerine göre de sene içinde yağan yağmur sularını önceden hazırladığı sarnıç gibi deporlarda biriktirecektir. Av hayvanları için durum biraz daha değişik. Av hayvanından istifade edebilmek için onu tuzak veya benzeri bir av aracı ile ele geçirmek gerekebilir. Buna mukabil, mesela her nefesimizde teneffüs ettiğimiz hava için böyle bir faaliyete gerek yoktur. Normal şartlar altında hiç kimse

1 Krş. s. 27 v.d.
2 Krş. s. 73.

teneffüs edeceği havayı ne taşır ne de depo edip saklar. Çünkü her yerde herkese yetecek kadar bol miktarda mevcuttur.

İşte ihtiyaç zamanında ondan istifade edebilmek için suyun kaba alınmasına ve av hayvanının yakalanmasına "hiyazet" veya "ihraz" denmektedir. Biz bu iki kelimeden sadece "ihraz"ı kullanacağız.

Demek "hava" gibi bazı şeyler için bir ihraz faaliyetine ihtiyaç yokken, diğer pek çok şeylerden istifade edebilmek için ihraz gibi bir faaliyet gerekmektedir. Değilse denizdeki balıktan istifade hususunda herkesle eşit hakka sahip olmak, balığı tutmadıkça karın doyurmaz.

Bu böyle ama istifade için "ihraz" yeterli midir? Eşyada aslolan ibaha olduğuna göre, yakalanan balık üzerinde hala herkesin eşit istifade hakkı devam etmekte midir?

İhraz yeterlidir. Zira böyle olmazsa ihraz faaliyetinden beklenen elde edilmemiş; ihraz faaliyetinde bulunan kişi hakkı olan mubahtan istifade edememiş ve kendi ihtiyacını karşılayamamış olur. Tıpkı sofradaki yiyecek maddelerinden alınan lokma gibi. Sofradaki yiyecek maddeleri üzerinde sofrada bulunan herkesin eşit istifade hakkı var ama sofradan alınan lokma artık o lokmayı alan kimsenin olmalıdır. Eğer öyle olmasa, "sofradaki yiyecek maddeleri üzerinde sofrada bulunanların eşit istifade hakkına sahip olması"nın pratik bir anlamı kalmazdı. Çünkü sofradaki nimetten fiilen istifade gerçekleşmiş olmayacaktı.

b) İhtisas: O halde ihraz edilen mubah şey, sırf ihraz edene ait olmalıdır. Ki mubahtan istifade sağlanmış; başka bir ifade ile "mübahtan eşit istifade hakkı" kullanılmış olsun.

İşte ihraz edilen şeyin "sırf ihraz edene ait" olmasına "ihtisas" denmektedir. Biz de bu kelimeyi kullanacağız.[3]

Bu iş, insanlar arasında bizim bu anlattığımızdan çok daha tabii olarak ta baştan beri böylece gerçekleşegelmektedir. Bu, bir ölçüde hayvanlar arasında bile gördüğümüz, zaruri bir vakı'a (olgu)dur.

Biraz daha yakından incelendiğinde görülür ki ihraz, şey'i ya doğrudan doğruya yahut şey'in kaynağını ele geçirip tasarruf altına almaktan ibarettir.

---

3 Krş. s. 73: İhtisas Kavramı.

Bazı durumlarda ihraz'ın yerini ihtisas da tutabilir. İslam Hukukçularının borç (deyn, obligation) ve özel yoldaki geçit hakkı gibi hakları "mal" saymalarında bu durum kendisini gösterir.[4]

İhtisas'ın sadece eşyadan doğrudan istifade bakımından değil, mübadele konusu yapmak bakımından da önemli olduğu görülür. Çünkü herkes her ihtiyacını bizzat sağlayamaz. Elde ettiğinin ihtiyaç fazlası ile başka ihtiyaç maddelerini mübadele suretiyle elde etmeye muhtaçtır. Bu ise ancak şey'in sırf kendine ait olmak üzere (ihtisas) eli ve tasarrufu altına almak (ihraz) ile gerçekleşebilir.

Bu itibarla, intifa'a elverişli bulunan yararlı şeyler ele geçirilmek suretiyle kişinin malı olmuş olur. İhraz edilmemiş şeyler ise, kimsenin kendisine ait malı değil, herkese mubah yani sahipsizdir. Zira bir şeyin bir kimsenin sırf kendisine ait malı olması temelde:

a) O şeyin o kimseye aidiyeti (ihtisas),

b) Başkalarını o şeyden uzaklaştırabilme (men') (haciz),

c) O şeyi mübadeleye (hukuki muamele) konu edebilme (tasarruf) manalarını içerir.

Sahipsiz dediğimiz mubah malın ise, adından da anlaşıldığı gibi herkese ait olduğundan, mübadeleye konu edilmesi sözkonusu olamaz.

İfade etmeye çalıştığımız bu "ihraz" ve "ihtisas" hadisesi giderek, hukukçuların dilinde, "mülkiyet" olarak ifade edilmiş, artık bu ihraz ve ihtisasın adına genel bir ifade ile "mülkiyet ilişkisi" denmiştir.

Bu açıklamanın ışığında söylenebilir ki mülkiyet, insan ile mal arasındaki ilişkiyi (alaka) belirtmek üzere kullanılan nisbi (göreli) bir kavramdır. Nasıl babalık - oğulluk; büyüklük - küçüklük kişilerin ve eşyanın birbirleriyle olan alakasını ve birbirine karşı olan durumunu belirtiyor ve mesela babalık - oğulluk nisbeti, kişinin kimden meydana geldiğini anlatan bir ilişkiyi ifade ediyorsa mülkiyet kavramı da aynı şekilde insan ile mal arasındaki bu alakayı anlatmış oluyor.

Hukukçular, bu ilişkiden doğan ve "mülkiyet" diye ifade edilen kavramın mahiyet, muhteva ve sınırlarını belirtme yönünden faaliyet göstermişlerdir.

---

4 Kasani, *Bedayi'*, VI, 40.

Zira doğuşu dikkate alındığında görülür ki bu kavram elle tutulur gözle görülür nitelikte maddi bir şeyin adı değil, ihraz gibi belli bir sebep ile ihtisas gibi belli bir ihtiyaçtan doğan manevi (itibari) bir ilişkinin adıdır.[5]

A) Sözlük Anlamı

Mülkiyet'in (milk)[6] lügat manası, "şeyi ele geçirmek ve onun üzerinde tek başına söz sahibi olma gücü"dür. (ihtivau'ş-Şey' ve'l-istibdadu bih).[7]

B) Terim Olarak Mülkiyet

Doğuşunu ve sözlük anlamını anlattığımız mülkiyet kavramını açıklarken, İslam Hukukçuları konuya farklı yaklaşımlarda bulunmuş ve dolayısıyla farklı tarifler vermişlerdir. Bazıları usulcülerin metodu (ta'lil, deduction); bazıları ise fıkıhçıların metodu (istikra - induction) ile tarif etmiştir.[8]

---

5 Krş.s.27.

6 Arapça'da m-l-k kökünden gelen bu kelime "milk", "mülk" ve "melk" şekillerinde olmak üzere üç hareke ile kullanılmakta ise de "mim" harfinin ötresi ile "mülk", saltanat ve siyasi iktidar anlamında; bu harfin esre ve üstünü ile "milk" ve "melk" ise eşya mülkiyetinde kullanılmakta; eşya üzerindeki mülkiyeti belirtmek üzere "melektu'ş-Şey'e milken" (şeyin mülkiyetini ele geçirdim); insanlar üzerindeki saltanat ve idareyi ele almayı ifade etmek üzere "melektu ale'n-Nasi emrahum mulken" (halkı idare yetki ve iktidarını ele aldım) denmektedir. (*Misbah*)

Milk kökünden gelen sıfat kelime "malik" olup cem'i "müllak" gelir. Mülk kökünden gelen sıfat kelime ise "melik" olup cem'i "mulûk" gelir. *(Misbah,* m-l-k md.)

Fıkıh kitaplarında hemen hiç görülmeyen ve fakat zamanımız ilim adamları tarafından kullanılan "mülkiyet" kelimesi "milk" masdarından yapılma bir isim olup tamamen "milk" anlamında olmak üzere kullanılmaktadır. (ez-Zerkâ, age. III, 257).

Bu arada mülkiyetin fıkıh kitaplarımızda "milk" olarak ifade edildiğini ve Arapça kullanma şekline bakarak kelimeyi "milkiyet" şeklinde kullanmak gerekir ise de dilimizde "mülkiyet" şeklinde yerleşmiş olup "mülk" kökünden gelen mâna ile karışma ihtimali bulunmadığından biz, dilimizde yerleşen şekli ile "milkiyet" şeklinde kullanmayı tercih ettiğimizi belirtelim.

Ayrıca, İslam dünyasında mülkiyetin, eşya üzerinde hakimiyet manasındaki "milk" kelimesi ile ifade edilerek, insanlar üzerinde hakimiyet (mülk) manasından ta baştan ayrılmış olduğuna dikkat çekmek isteriz.

7 *Lisanu'l-Arab,* m-l-k maddesi; ez-Zerka, I, 256.

8 Bazı ilim adamı ve araştırmacılar bu yaklaşıma, a) Kaynağına bakarak vakı'adan hareket, b) Netice itibariyle bu hakkın hukuk düzenince tanınıp benimsenen ve hukuki tanzimlere konu olması gereken bir hak olduğu görüşünden hareket şeklinde bir ayırıma gitmekte ve doğru kabul edilmesi de mümkün ise de biz yukarıdaki nokta-i nazarı tercih ettik, (krş. el-Hafif, age. s. 21).

1- Fıkıhçıların Metoduna Göre Mülkiyetin Tarifi

Mülkiyeti, fıkıhçıların metodu ile tarif edenler, onu, "Haciz İhtisas" olarak tarif etmişlerdir, *el-Havi el-Kudsi* sahibi Kadı Cemaluddin[9] bunlardandır. Bu tarifi, *el-Havi fi'l-Furu'* adlı eserinde vermiştir.[10] Bunun manası şudur:

"Şey'in mülkiyeti sözünden, o şey üzerinde -sahibinin vekalet vermesi gibi bir sebep bulunmadıkça- sahibinden başkasının intifa ve tasarrufuna mani olucu (haciz) özellikte bir "sırf kendisine aidiyet" ve hakkında tek başına söz sahibi olma (ihtisas) yetki ve iktidarı anlaşılır."

Açıktır ki, gerek sahibinin tevkil etmesi, gerek zaruri hallerde hukuk düzeninin tayin etmesi (vekale, velaye, vesaye) gibi sebeplerle sahibinden başkasının o şey üzerindeki tasarrufu yine sahibi adına ve usulüne göre bir tasarruftur.

Mülkiyet böyle tarif edilirse:

a) Maddi mallar (a'yan)

b) Mal sayılsın, sayılmasın menfaatler (manafi', usufruct),

c) İster mali ister gayri mali olsun yeter ki sırf sahibine ait olma (ihtisas) yı içeren ve başkalarının ondan yararlanmalarına ve onda tasarruflarına mani (haciz) özellikte bir hak olsun, haklar, bu tarifin kapsamına girer. Böylece tarif kapsamına giren bu şeylere mef'ul manasında mülk (memluk), sahibine de malik denir.

Buna göre:

a) Şuf'a hakkı, şuf'a hakkı sahibinin mülkiyetindedir.

b) Ücret sözleşmesinde işverenin, çalışanın işinden doğacak menfaat üzerinde ücret sözleşmesinden doğan hakkı, onun mülkiyetindedir.

c) Borç (deyn, alacak manasına) hakkı, alacaklının (da'in) mülkiyetindedir.

d) Nikah akdinden doğan istimta (intercourse in marriage) hakkı, kocanın mülkiyetindedir.

---

9 Kadı Cemaluddin Ahmed b. Muhammed (h. 593).

10 İbn Nuceym, *el-Eşbâh,* II, 202.

e) Talebe adına vakfedilmiş yurt ve meskenlerde barınma hakkı, orada usulüne göre barınan talebenin mülkiyetindedir.

f) Hatta bir kervansarayın, belirli şartlarla belirli bir müddet için bir kimsenin ikametine müsaade edilmiş odasında kalma hakkı bile -bir nevi ihtisas manası taşıdığı için- bu tarife göre mülkiyetin şumulüne girmektedir ki bu durum, bu tarifin zayıf noktasını teşkil eder mahiyettedir. Zira kervansaraylardan yararlanma "ibaha" konusudur, ibaha'nın ise mülkiyeti ifade etmeyeceğinde, kendisine ibahada bulunulan (mubah leh)'e malik denmeyeceğinde ve esasen mülkiyet doğuran veya geçiren sebeplerden biri ile elde edilmiş olmayan "ihtisas"lara mülkiyet denmeyeceğinde ittifak vardır.

Mes'eleye, tarifte geçen "ihtisas" kelimesinin ifade ettiği mana -yani yararlanmadan menetme veya yararlanmayı sona erdirme hususunda hak sahibinden başkasının yetkili olmadığını anlatan ve hak sahibi için caiz değil, lazım bir sıfat özelliği taşıyan "tasallut" ve "istibdat" (inhisar) manaları ve kendisine ibaha edilen kimsenin o mubah şeydeki hakkının ibahada bulunanın garantisi altında bulunduğu nihayet yararlanmayı sona erdirme yetkisinin ibahada bulunana değil bu hakkı kullanana ait olduğu düşünülerek- tarifi bu noktada da müdafaa etmek kabil ise de bu sefer tarif bir başka noktadan tenkide müsait görünmektedir. Şöyle ki:

İ'âre akdi ile sabit mülkiyet gibi gayrilazım mülkiyeti içermeyecektir. Çünkü i'âre akdinden doğan mülkiyette "haciz ihtisas" manası mevcut değildir. Zira bir şeye i'âre akdi ile sahip olan kimse, i'âreye veren (mu'îr)in o şeye müdahalesine ve hatta istediği anda akdi bozup geri almasına mani olamaz. Buna göre i'âre alan kimse bu mülahaza sebebiyle "malik" ve 'âriye akdi ise menfaat mülkiyetine sebep sayılamayacaktır.

Bu sebepledir ki Şafii ve Hanbeli birçok fukaha ile Hanefilerden Kerhi'nin, i'âre akdini mülkiyet ifade eden bir akid değil, ibaha ifade eden bir akid saydıklarına dair görüşlerini yadırgamamak gerekir.[11]

2- Usulcülerin Metoduna Göre Mülkiyetin Tarifi

Mülkiyeti usulcülerin metodu ile tarif edenler çeşitli tarifler vermişlerdir:

---

11 İare akdinin mülkiyet akdi olup olmadığına dair ihtilaf için bkz. İbnu'l-Humam, *Feth*, (İbn Kavdar, *Netâic*), IX. 3; *el-Hafif,* 22.

a) Karafi'nin tarifi: *Mülkiyet, ayn veya menfaatte itibar edilen ve izafe edildiği şahsa mülkten yararlanma (intifa') ve feragat ettiği takdirde karşılığını (ivaz) alma imkanını veren hukuki (şer'i) hüküm veya hukuki vasıftan ibarettir".*[12]

b) Tehzibu'l-Furuk'dan nakledilen tarif: *"Mülkiyet, insanın doğrudan doğruya veya vekili vasıtasıyla ayn veya menfaatten yararlanma, feragat ettiği takdirde karşılığını alma yetki ve iktidarıdır".*[13]

c) Sadruşşeri'aya ait Vikaye'den nakledilen tarif: *"Mülkiyet insan ile şey arasında hukuki (şer'i) bir ilişki (ittisal, rabıta) dır ki kişiye o şeyde mutlak tasarruf ve başkalarını o şeyde tasarruftan men' yetki ve iktidarını bahşeder".*[14]

d) Şafii es-Subki'ye atfedilen tarif de şöyledir: *"Bir ayn veya menfaat üzerinde varsayılan ve ait olduğu kimseye, haddi zatında bizzat yararlanma; bizzat yararlanmayıp feragat ettiği takdirde karşılığını alma yetki ve iktidarını bahşeden hukuki bir hükümdür".*[15]

e) İbnu'l-Humâm'a ait tarif: *"Mülkiyet bir mani bulunmadıkça doğrudan doğruya kullanılabilin hukuki tasarruf yetki ve iktidarıdır".*[16]

Bedayi sahibi Kasani ise hem fıkıhçıların hem usulcülerin tariflerini bir arada ve aynı zamanda vermiştir:

f) "Mülkiyet, *tasarrufa konu olan şey üzerinde sırf sahibine ait olmak üzere (ihtisas) tasarruf yetki ve iktidarıdır; veya mülkiyet, tasarrufa konu olan şey üzerinde tasarrufta bulunabilmek üzere hukuk düzenince bahşedilen bir yetki ve iktidardır".*[17]

3- Tariflerin Tahlili

a) Tariflerde geçen deyimler

Önce Subki'den naklettiği tarif üzerindeki suyuti'ye ait açıklamaları görelim:

12 el-Karafi (684 / 1285), *Furûk*, Fark 180'e atfen Ebû Zehra, age. s. 62.

13 *Tehzibu'l-Furûk*'a atfen, *el-Hafif,* age. s. 23.

14 Sadruşşeri'a, (750 / 1349), *el-Vikâye'ye* atfen *el-Hafif,* s.23.

15 Sübki, Tacuddin Abdulvehhab'a (771/1370)'e atfen Suyuti, *Eşbah,* 316.

16 İbnu'l-Humam, Kemaluddin (861/1457), *Feth*, VI, 248.

17 el-Kasani, Alauddin (587/1191), *Bedayi'*, VII, 128.

1- “Bir ayn veya menfaat üzerinde” (fi aynin ev menfa’a) ifadesi, menfaatlerin de eşya (a’yan) gibi mülkiyete konu olduğunu, anlatır.

2- “Varsayılan” (yukaddaru) ifadesi, mülkiyetin, hukukun izni ile olan alakasını açıklar. Zira esasen insan-eşya arasında bir alakadan ibaret olan mülkiyet maddi varlığı olan bir şey olmayıp mülkiyeti doğuran sebeplerin gerçekleşmesi halinde ayn veya menfaatte meydana geldiği kabul edilen bir manadır.

3- “Haddi zatında” (min haysu huve kezâlik) ifadesi, mülkiyet hakkının bazan hacr (kısıtlılık) ve küçüklük gibi sebeplerle bizzat kullanılamayabileceğini, bunun ise mülkiyete engel olmadığını anlatır. Bilindiği gibi küçük veya kısıtlı kişi, malları üzerinde bizzat tasarruf yetki ve iktidarını kullanamıyorsa da mal ve haklarının sahibidir.

4- “Bizzat yararlanma yetki ve iktidarını bahşeder” (yaktadi intifa’ahu) ifadesi, mesela hakimin ve vekilin tasarrufu ayn veya menfaatten bizzat yararlanmaya yönelik olmayıp maliki yararlandırma tasarrufu olduğundan bunların tasarruf yetki ve iktidarlarının mülkiyet tasarrufu yetki ve iktidarı olmadığını açıklar.

5- “Karşılığını alma” (wa’l - ‘ıwada ‘anh) ifadesi, mülkiyet hakkının ibahadan farklı olduğunu anlatır.

6- “Hukuki bir hükümdür” (hukmun şar’iyyun) ifadesi, mülkiyetin, hukuki sebeplerden doğan bir hak olduğunu, bu hakkın kaynağının hukuk olduğunu anlatıyor.[18]

Subki’nin tarifi üzerinde yapılan bu açıklama, diğer tarifler için de geçerlidir. Ancak bu tariflerde bulunan bazı deyimler daha mevcut olduğundan onların da kısa kısa açıklamasını yaparak deyimler açıklamasını tamamlayalım:

7- “Doğrudan doğruya” (ibtida’en) ifadesi. Bu ifade İbnu’l-Humam’ın tarifinde geçmektedir. Tarif edilen yetki ve iktidarın vekalet ve velayet gibi sebeplerle başkasından alınan yetki ve iktidar olmayıp kişinin kendisinde bulunan başka bir ifade ile hukukun doğrudan kendisine tanıdığı yetki ve iktidar olması lazım geldiğini, bu itibarla hakim veya vekilin tasarrufunun mülkiyet tasarrufu olmadığını anlatır, (krş. 3 ve 4 numaralı açıklamalar).

18 Suyuti; *el-Eşbah ve’n-Naza’ir*, s. 316.

8- "Bir engel bulunmadıkça", (illâ li-mâni'in) ifadesi. Yine İbnu'l-Humam'ın tarifinde geçen bu ifade, 3 numaralı açıklama ile paralellik gösterir. Bu ifade o konuda daha açıktır. Yani çocukluk ve bunaklık gibi bir ehliyet arızası sebebiyle yetki ve iktidarın bizzat kullanılamaması, mülkiyete engel değildir. Çocukta da bunakta da bu yetki mevcuttur ama ehliyet arızası sebebiyle bizzat kullanamadığı için veli veya vasisi kullanmaktadır. Onlar da bu yetki ve iktidarı kendilerinin yararına değil, bu hakkın sahipleri olan "kasır"ların yararına kullanmaktadırlar. Onun için de bunların kullandıkları tasarruf yetkisi mülkiyet yetkisi değildir.

b) Tariflerin Düşündürdükleri

Tarifleri numaralarsak el-Havi'l-Kudsi'den nakledilen Kadı Cemaleddin'e ait tarife birinci; Karafi'ninkine ikinci: Tehzibu'l-Furuk'tan nakledilene üçüncü; Sadruşşerî'a'nınkine dördüncü; Subki'ninkine beşinci; Kemal İbnu'l-Humam'ınkine altıncı ve Kasani'ninkine yedinci tarif diyeceğiz.

İkinci, üçüncü ve altıncı tariflerde "mülkiyet konuları" olarak "ayn" ve "menfaat" den açık olarak söz edilmiş; haklara temas edilmemiştir. Hakların hepsi tariften anlaşılan manada "menfaat" sağlayan haklar olmadığına göre, bu tarifler bütün hakları kapsamına almayacak; sahibi için tariflerden anlaşılan manada menfaatten çok külfet ve mükellefiyet manası taşıyan "hadane" ve "velayet" gibi haklar tariflerin kapsamı dışında kalacaktır.

Buna karşılık, birinci ve yedinci tarife göre bütün haklar mülkiyet kapsamına girmektedir. Yeter ki hak "ihtisas" ve "Haciz" özelliklerini taşısın. Yani sırf sahibine ait "inhisari" özellikte bir hak olsun.

İki, üç ve altıncı tariflerde yetkilerden "intifa" ve "ıvad" üzerinde durdurulurken; dört, beş ve yedinci tariflerde sadece tasarruf üzerinde durulmuş; intifa'a temas edilmemiştir. Her ne kadar iki, üç ve altıncı tariflerde "tasarruf"tan; dört, beş ve yedinci tariflerde intifa'dan söz edilmemiş ise de genel manada intifa'ın "isti'mal" ve "istiğlal" gibi bütün intifa çeşitleri ile birlikte yine bir intifa biçimi olan tasarrufu da kapsadığı; Keza tasarrufun da normal olarak intifa'ı içerdiği dikkate alınırsa mülkiyet her hal-ü karda:

a) Mübadele yolu ile de olsa "yararlanma" (intifa').

b) Çocukluk gibi bir ehliyet arızası bulunmadıkça doğrudan ve bizzat "tasarruf", yetkilerini bahşettiği tesbit edilmiş olur.

Mülkiyet hakkının sahibine tanıdığı yetkiler bunlar olduğuna göre acaba bir hakkın "mülkiyet hakkı" sayılması için bu yetkilerin tamamının bir arada bulunması gerekir mi? Bazı haklarda olduğu gibi bu yetkilerden sadece birinin bulunması o hakka "mülkiyet hakkı" demek için yeterli değil midir?

Mesela alım-satım, kira veya ücret sözleşmesi ve diğer yollarla tasarruf ile menfaat sağlamaya konu edilmesi mümkün olmayan şuf'a hakkı; kocanın nikahtan doğan istimta' hakkı; temellük hakkı ve üzerinde tasarruf yetkisi tanımayan görüşe göre irtifak hakları gibi haklar mülkiyet hakkı sayılabilecek midir?

İslam Hukukçularının "mülkiyet" (milk) adını kullanmalarından anlaşılan odur ki bir hakka mülkiyet hakkı denmesi için hakkın bu yetkilerden sadece birini içermesi yeterli olup bütün yetkilerin bir araya gelmesi gerekli değildir. Dolayısıyla mülkiyet hakkını tarif ederken sadece "intifa" yetkisinden söz etmek yeterli sayılır ve "intifa"ın içerdiği haklardan herhangi birinin mevcut olduğu yerde mülkiyet hakkı gerçekleşmiş olur. Yeter ki bu hak "inhisari" (ihtisas) bir özellik taşısın. Nitekim yukarıda da işaret ettiğimiz gibi "tasarruf" hakkı, "intifa" hakkını da dolayısıyla içerdiğinden mülkiyeti tarif ederken yetkilerden sadece "tasarruf" üzerinde durmak da yeterlidir. Ancak,

a) Her intifa hakkı tasarruf yetkisi içermemektedir. Bu itibarla "hadane", "şuf'a" ve "irtifak" hakları gibi birçok hak:

aa) Sırf sahibine ait inhisari özellikte olduğundan, birinci ve yedinci tarife göre "mülkiyet hakkı" sayılırken;

bb) Bu haklar üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığı için dört ve beşinci tariflere göre "mülkiyet hakkı" sayılmayacaktır.

b) Mülkiyet hakkından güdülen temel amaç, ihtiyaç duyulduğunda özel ihtiyaçlarını karşılayabilmek için, bir şeye, sırf sahibine ait (inhisari, ihtisas) bir biçimde sahip olmaktır. Çünkü bu özelliği olmayan herhangi bir intifa biçimi bu amacı sağlamayabilir. Ve mesela insan mübahlardan da intifa hakkına sahiptir ama bu hak "sırf sahibine ait inhisari özellikte" bir hak olmadığından bu hakkın sahibi, mülkiyet hakkından beklediğini bundan sağlayamaz.

Bunun yanında, kiracının kiraladığı şeyde ve istiğlal hakkı sahibinin vakıf akarda icare ve iare gibi tasarruflarda bulunabilmesi bile bu ihtasas özellikli hak sayesinde mümkün olmaktadır. Yoksa üzerinde tasarruf edilen bu

şeyler, yani me'cur ve vakıf akar tasarruf edenin mülkiyetinde değildir. O halde "tasarruf" mülkiyetin mutlak karinesi değildir.

Bu tesbitlerin ışığında tariflerin ihtilaf ettikleri noktaları görebiliriz:

a) *Havi'l-Kudsi*'den ve *Bedayi*'den alınan tarifler, "ihtisas-ı haciz" özelliğinde olmak şartıyla her hakkı, bu hak ister tasarrufa elverişli olsun ister olmasın, tarif kapsamına almaktadır.

Bu itibarla bu tariflere göre gerek maddi şeyler (a'yan) gerek eşyadan sağlanan menfaatler (usufruct), gerek haklar mülkiyet konuları arasına girmektedir.

b) Sadruşerri'anın ve İbnu'l-Humam'ın tarifinde ise tasarrufa elverişli olmayan haklar sırf sahibine ait (inhisari) özellikte de olsa tarifin kapsamı dışında kalmaktadır.

Görülen ve bilinen odur ki İslam Hukukçuları bu kabil tasarrufa elverişli olmayan şuf'a ve muhayyerlik gibi haklara, bu hakların taşıdığı inhisarilik (ihtisas) özelliğine, yani bu haklardan sırf sahiplerinin yararlanabilmek yetkisine sahip olduğuna bakarak, bunları sahiplerinin mülkü (memlûk) sayagelmişlerdir.

c) İkinci, üçüncü ve beşinci tarifler, "intifa" ve "ıvad" yetkilerini mülkiyetin vazgeçilmez unsurları olarak telakki etmektedir. Bu sebeple inhisari manada intifa konusu olduğu halde "ivaz" konusu olamayan kocanın istimta' hakkı ve tasarrufa elverişli görmeyen görüşe göre irtifak hakları, bu tarifin kapsamı dışında kalmak durumundadır.

Bütün bu tesbit ve mülahazalardan sonra sonuç olarak diyebiliriz ki:

1- Bütün maddi mallar (a'yan, eşya) ve menfaatler (usufruct, manafi) ittifakla mülkiyet konularına dahildir.

2- "Hadane" ve "velayet" hakları gibi maddi manada menfaat sağlamayan ve dolayısıyla "intifa" manası taşımayan; "şuf'a" ve "muhayyerlik" hakkı gibi tasarrufa elverişli olmayan; istimta ve irtifak hakları gibi mübadeleye konu olmayan hakların mülkiyet konularına girmesi tartışmalı olmakla beraber genellikle inhisari haklar, mülkiyet konularına dahildir.

3- Bir hakkın mülkiyet hakkı sayılması için "tam" veya başka bir ifade ile "mutlak" mülkiyet hakkının bahşettiği yetkilerin tamamını bir arada taşı-

ması şart değildir. Mülkiyet yetkilerinden birini içeren hak, inhisari özellikte olmak şartı ile mülkiyet hakkı sayılır.

4- Tariflerin en kapsamlısı, Kasanî ile Kadı Cemaluddin Gaznevi'nin yaptığı tarifler olup İslam Hukukçularının mülkiyet (milk) tabirlerini kullanmalarına en uygun düşeni de bu tariflerdir.

5- Muhtelif içtihad ekollerine bağlı İslam Hukukçularının yaptıkları tarifler, ifade bakımından farklılık gösterse de her birisi mülkiyet hakkında "hukuki bir hüküm", "hukuki bir vasıf" ve "hukuki bir iktidar" dır demek suretiyle her birisi aynı mana üzerinde durmaktadır:

"Mülkiyet, insan ile şey arasında hukuk düzenince tarif edilen ve kişiyi o şeyden hukukun izin verdiği her türlü yararlanma biçimi ile ve yine hukukun çizdiği sınırlar çerçevesinde yararlanma hususunda tek başına söz sahibi kılan hukuki bir ilişkiden ibarettir".[19]

Bu tesbitten ise şu hükümler çıkar:

a) Mülkiyet, münhasıran hukuk düzeninin tanıdığı bir haktan ibarettir.

Görüldüğü gibi bu husus İslam Hukukçuları arasında ittifak edilmiş bir noktadır. Dolayısıyla mülkiyet maddi bir şey değil; haklardan bir haktır. Açıktır ki hak hukuki bir kavramdır.

b) Bu itibarla mülkiyet "mal" dan farklı bir kavramdır. Nitekim tarifinde gördüğümüz gibi mal, haddi zatında tabii bir kavram iken mülkiyet hukuki bir kavramdır.

Menfaatlerin elle tutulur gözle görülür maddi varlıkları olmadığı için Hanefi içtihadında mal kapsamına dahil edilmeyip takavvumu bir akid şartına bağlanmasına mukabil mülkiyet konularına doğrudan dahil edilmesi de bunu açıklar.

Buna göre menfaalerin mal sayılması doktrinde tartışmalıdır ama mülk sayılmasında ihtilaf yoktur.[20]

c) Mülkiyet eşyanın tabiatından gelen bir hak değil, hukuk düzeninin "meşru sebeplere bağlı" izin ve benimsemesinden doğan bir haktır. Dolayısıy-

19 Krş. Ebû Zehra, age s. 62.
20 Krş. ez-Zerka, age. I, 257 s. 101.

la haklardan bir hak olan mülkiyet hakkı da her hak gibi, ancak, hukuk düzeninin tanıyıp benimsemesi ile varlık kazanır.[21]

d) O halde insan ile eşya arasındaki hangi ilişkilerden mülkiyet hakkının doğacağını ve bu hakkın hangi neticeler doğuracağını tayin hukuk düzenine ait bir iştir.

Bu hükümlerden de şu netice çıkarılabilir:

İslam Hukukuna göre mülkiyet hakkına -gerek kazanılması, gerek kullanılması ile ilgili bazı- hukuki kayıtlar (tahdidler) getirilebilir. Nitekim aşağıda göreceğimiz gibi bir çok kayıtlar getirilmiştir.

e) Benimsediğimiz Tarif

Görüldüğü gibi bu tariflerden her biri birbirini tamamlayan mahiyetteki farklı ifadelerle "İslam Hukukuna göre mülkiyet" kavramını açıklamaktadır. Bu tariflerden her birinde mevcut özellikleri bir araya getirip noksan yanlarını ikmal edecek bir tarif ortaya koymak gerekirse, mülkiyet şöyle tarif edilebilir:

"Mülkiyet, -ehliyet noksanlığı veya hakkı gayr gibi- bir engel bulunmadıkça sahibine, hukukan inhisari ve herkese karşı dermeyan edilebilir nitelikte bir tasarruf yetki ve iktidarı bahşeden bir haktır".[22]

Açıklayalım:

"Bir engel bulunmadıkça " (illâ li-mâni'in) ifadesi, iki durumu açıklar. 1) Ehliyet noksanlığını. Nitekim, çocuklar mülkiyet hakkı sahibi olabilir ama ehliyetleri olmadığı için onların yerine velileri tasarrufta bulunur. 2) Başkasının hakkını. Nitekim müşterek ve rehinde malikin tasarrufu, başkasının hakkı (hakk-ı gayr) engeli ile karşılaşır ve bunlarda malikin tasarrufu sınırlanır. Ne var ki bu engeller geçici (arizi) engeller olduğundan, mülkiyete engel teşkil etmezler. Dolayısıyla ehliyet arızası sebebiyle bizzat tasarruf edemese de çocuk maliktir. Keza malını rehin bırakan kimse, rehin malda, rehni kurtarıncaya kadar geçen zaman içinde istediği gibi tasarruf edemese de malının malikidir. Buna karşılık bizzat tasarrufta bulunduğu halde, tasarruf yetkisini başka kişiden aldığı, başka bir ifade ile, başkası adına ve menfaatine tasarrufta

21 Hamevi, II, 202.

22 Krş. ez-Zerka, age. I, 257 s. 101; Ebu Zehra, age. s. 61-62.

bulunduğu için, vekil, vekalet sıfatı ile tasarrufta bulunduğu şeylerin maliki değildir.[23]

"Hukukan" (şer'an) ifadesi, bu hakkın kaynağının hukuk olduğunu, bu hakkı doğuran sebepleri de bu hakkın muhtevasını da tayin etmenin hukuka ait bir iş olduğunu açıklar.

"İnhisari" (ihtisas) ifadesi, bu hakkın İslam Hukukuna göre inhisari olduğunu, bir şeye malik olanın o şeyde müstakillen tasarruf edebileceğini anlatır.

"Herkese karşı dermeyan edilebilir" (hacizli) ifadesi, bu hakka sahip olan kişinin bu hakkına bir müdahale olduğu takdirde, müdahale eden kim olursa olsun herkese karşı duruma göre müdahaleyi men veya istihkak davası açabileceğini anlatır.

"Tasarruf yetki ve iktidarı" (yusawwigu sahibahu't-Tasarrufa) ifadesi, bu hakkın sahibinin hakkın çeşidine göre "yararlanma" (intifa), kullanma (istimal) ve tüketme (istihlak); değiştirme (tebdil, tamir) ve elinden çıkarma gibi gerek gördüğü ve ihtiyaç duyduğu her türlü tasarrufta bulunabileceğini açıklar.[24]

c) Muhteva

İslam Hukukçularının tarifleri göstermektedir ki İslam Hukukuna göre mülkiyet hakkı, sırf maddi mallarla ilgili değildir. Hatta sırf mali değerlerle de ilgili değildir.

Maddi bir mal olan bir hane, bir at bir araba mülkiyet hakkı konusu olduğu gibi; evde oturma, ata, arabaya binme gibi menfaatler ve geçit hakkı gibi irtifak hakları da mülkiyet hakkı konusudur.

Şayet bir maddi mal aynıyla, menfaatiyle ve haklarıyla bir kimseye ait bulunursa böyle mülkiyet hakkına tam mülkiyet; ayn'a ait mülkiyet hakkı biri-

23 Krş. ez-Zerkâ, age. I, 256 v.d. s. 101.

24 Mecelle mülkiyeti tarif etmemiş: "Ahkâm-ı Emlake dair bazı kava'id" başlığı altındaki 1192-1197 maddelerinde bu hakkın kullanılması ile ilgili hükümleri açıklamakla yetinmiştir. Medeni Kanun mülkiyeti tarif etmemekle beraber 618. maddede mülkiyetin unsurlarını belirtmektedir. Gerek MK. Md. 618. hükmü gerekse eşya hukukuna ait kaidelerin bütünü gözönünde tutulursa mülkiyet "eşya üzerinde en geniş yetki sağlayan ayni hak" olarak tarif edilebilir. Bkz. Oğuzman - Seliçi, age. s. 274-275.

ne, menfaatlere ait mülkiyet hakkı başka birine ait olan mülkiyet hakkına ise nakıs mülkiyet denir.[25]

Bu tasnif tarzı, mülkiyet hakkının ihtiva ettiği yetkilerle ilgilidir.

Eğer bir hak mülkiyet hakkının muhtevasını meydana getiren "rakabe mülkiyeti" (çıplak mülkiyet) ile "istimal" (kullanma) ve" istiğlal" (gelirlerinden istifade etme) haklarını içine alan "intifa" ve "istihlak" (tüketim) haklarının tamamını ihtiva ediyorsa buna tam mülkiyet tamamını değil de bir kısmını ihtiva ediyorsa nakıs mülkiyet denir.[26]

Nakıs mülkiyet bir "rakaba" mülkiyeti ise er geç tam mülkiyete dönüşür. Bir "menfaat" mülkiyeti ise o takdirde ya müddetin sona ermesi yahut bir hakkın sahibinin ölümü ile sona erer.[27]

İslam Hukukçularına göre sadece vasiyyete bağı intifa hakları değil, her türlü kira sözleşmesinden doğan intifa hakları da birer mülkiyet hakkıdır.[28]

İslam Hukukçuları, mülkiyet hakkını menfaatlere ve bazı haklara da teşmil edip mülkiyet hakkını sırf maddi şeyler üzerinde üstelik "mutlak" bir hak olarak telakki etmemekle, mülkiyete, Doğu'da-Batı'da düşünür ve ilim adamlarının uzun tecrübe ve tartışmalar sonunda yaklaştıkları anlamda çok

25 Serahsî, *Mebsut*, XI, 50: İbn Receb, Hafız Ebu'l-Ferec Abdurrahman (790/1393), *el-Kava'id fi'l-Fıkhi'l-İslami,* Mısır 1972 - 1392, s. 208 v.d. Kaide 86; Suyuti, *Eşbah,* s. 326 v.d. İbn Nuceym, *Eşbah*, II, 202 v.d.

26 İslam Hukukuna göre yapılan bu tasnif tarzı Roma Hukukuna dayalı Hukuk sistemlerinde ezcümle İsviçre - Türk Medeni Hukukunda "Hakkın temin ettiği iktidarın çevresi bakımından" yapılan tasnife benzer ve ilk nazarda sadece adı değişir.

Bizim burada "tam mülkiyet" diye tarif ettiğimize bu sistemde "Mutlak ayni hak" veya "mülkiyet hakkı"; bizim, "nakıs mülkiyet" dediklerimizden "intifa" hakkı ile "gayrimenkul irtifaklarını içine alan "irtifak haklarına" ise "sınırlı ayni haklar" veya "mülkiyetin gayri ayni haklar"; Rakaba mülkiyetine ise "çıplak mülkiyet" denmektedir. Krş. Velidedeoğlu, age. s. 224, 227, 229.

27 Krş. İbn Kavdar, *Netâic* (İbnu'l-Humam, *Feth'ul-Kadir*'in devamı), IX, 45; X 490-491: Mesela kendisine bir gayrimenkulün menfaati vasiyyet edilen kişi vefat ettiğinde veya kiralanan şeyin kira müddeti bittiğinde menfaat mülkiyeti hakkı da sona erer. Gerek tam gerek nakıs mülkiyetin kazanılma yolları ve diğer hükümleri, mülkiyetin iktisabı bahsinde anlatılacaktır.

28 Buna karşılık İsviçre-Türk Medeni Hukukunda, ancak, Tapu Siciline şerh verilen kira sözleşmesinden doğan intifa hakkı, "ayni hak" (mülkiyet hakkı değil) kuvvetini kazanabilmektedir. Tapu siciline şerh verilmeyen kira sözleşmesinden doğan hak ise sadece şahsi (nisbi) bir haktır. Krş. Velidedeoğlu, age. s. 215, v.d.

geniş bir sosyal muhteva vermiştir. Mülkiyetin takyidleri bölümünde göreceğimiz gibi İslam Hukuku mülkiyet hakkı sahibine öyle mali ve sosyal bir takım ödevler yüklemiştir ki zamanımız İslam Hukuku araştırmacılarından bazılarını Fransız Hukukçusu Duguit ile beraber "mülkiyet sosyal bir ödevdir" demeye sevk etmiştir.[29]

Gerçi Kıt'a Avrupası mülkiyet kavramı Roma Hukukçularının analizine sadık kalarak mülkiyeti taşınır ve taşınmaz şeylere inhisar ettirmiştir.[30] Bu klasik görüş 1804 tarihli Fransız, 1900 tarihli Alman, 1912 tarihli İsviçre, 1922 tarihli Sovyet ve 1942 tarihli İtalyan Medeni Kanunlarında dikkati çekmektedir.[31] Buna karşılık Anglo-Sakson mülkiyet anlayışı, hukuk kavramlarını teorik olarak tarif etmekten daima kaçınmış; hukuki ilişkileri, sorumluluklar, haklar, vecibeler ve davranış şekillerini değerlendirmeyi tercih ederek pragmatik gelişimi içinde sosyal ve ekonomik ilişkileri belirtmiştir.[32] Bu itibarla alacak hakkını, ipoteğin doğurduğu hakkı, bir şirketteki hisse senedini, patent hakkını ve fikri hakkı mülkiyet kavramı içinde değerlendirmiş, maddi haklarla maddi olmayan haklar şeklinde bir ayırıma gitmemiş olduğundan, Anglo-Sakson mülkiyet anlayışının mülkiyet hakkının sosyal ve ekonomik yönünü daha iyi yansıttığı söylenebilir.[33] Bununla birlikte, mülkiyetin en önemli konularından olan taşınmaz mal konusunda her iki hukuk sistemi arasında fazla bir ayrılık bulunmadığı dikkate alınırsa iki hukuk sistemi arasındaki farkın daha çok teorik olduğu;[34] netice itibariyle Anglo-Sakson hukuku dahil hiç bir hukuk sisteminin mülkiyet hakkının sosyal ve ekonomik yönünü gereğince yansıtmadığı görülür. Bunun yanında, ilim ve fikir adamlarının doktriner veya teorik çalışmaları mülkiyet hakkının sosyal ve ekonomik yönünü daha iyi aydınlatmaktadır.

Amerikanın Jill Üniversitesi İktisat Profesörlerinden F. R. Fairchild, E.S. Furniss ve N.S. Buch, müştereken yayınladıkları Economics adlı eserlerinde mülkiyeti *"kişi veya kişiler ile servet veya hür kişiler arasındaki gayrimaddi bir il-*

29 Mesela Prof. Dr. Ali el-Hafif (Kahire Üniversitesi) bunlardandır. Krş. *el-Milkiyye* adlı eseri, s. 24, 26.

30 Güriz, Adnan, age. s. 76.

31 Güriz, Adnan, age. s. 76.

32 Güriz, Adnan, age. s. 77.

33 Güriz, Adnan, age. s. 77.

34 Güriz, Adnan, age. s. 77.

giden ibarettir".[35] şeklinde tarif ederek verdikleri hizmet açısından da olsa hür şahısları -görünüşte de olsa- mülkiyete konu gibi gösterme ihtiyatsızlığı bir yana[36] hizmet ve menfaatleri mülkiyet konularına dahil ederek mülkiyet hakkının sosyal ve ekonomik yönünü önemli ölçüde genişletmişlerdir.

Hizmet mülkiyet konusu olur mu? Amerikan iktisat alimlerinin tariflerine göre evet. Fakat İslam Hukukçularına göre, konusu hizmet olan bir hukuki ilişki, değil mülkiyet, aynî hak konusu bile değildir. Sadece bir şahsi hak ilişkisidir. Bunda fıkıh mezhepleri arasında bir ihtilaf bile yoktur.

İslam Hukukuna göre iş akdi yapan işveren ile işçi arasında iki türlü ilişki sözkonusudur:

1- İşçi "hizmet" borçlanır. Bu borç zimmete müteallik şahsi bir borçtur. İşveren ise bu şahsi hizmet borcuna mukabil konuşulan ücreti borçlanır.

İlişkinin bu tarafı şahsi ilişkidir. İşçinin ne şahsı ne de hizmeti üzerinde bir aynî hak sözkonusu değildir. Hizmet borcu ifa edilirse ücret de ifa edilir. Değilse akde riayetsizlikten dolayı bir tazminat sözkonusu olabilir.

2- Hizmet akdi sözleşmesinden sonra işverenin tayin ettiği işi gören işçinin bu hizmetinden doğan menfaat (bu bir mal da olabilir) işverenin mülkü olur. Bu hak, hizmetten menfaat hasıl olsun olmasın, işveren tarafından işçiye garanti edilen "ücret" in karşılığıdır. Mesela, eğer zamana bağlı (saat, gün, hafta karşılığında belirli ücret şeklinde) bir ücret sözleşmesi yapılmamış ve işçinin gördüğü iş balık tutmak, odun toplamak, maden çıkarmak ve benzeri mubah malların istihsali ile ilgili bir iş olursa, meydana getirilen ürün işverenin değil, çalışanın olur.[37]

---

35 F.R. Fairchild, E.S. Furniss, and N.S. Buch, *Economics,* (new edition) Newyork 1948 p. 13'e atfen, Ebunnasr, Ahmed, age. s. 11.

36 İslam Hukukçuları insanın hürriyeti konusunda çok hassas oldukları için bizatihi veya emeği değil, hizmet ve emekten doğacak ürün ve menfaati mülkiyet konusu olarak kabul ederler. Ücret sözleşmesi, konusu menfaat olan ivazlı bir akittir. *Fethu'l-Kadir,* IX, 78 (*Bidaye* metninden).

37 Ücret sözleşmesinin, hizmet üzerinde bir mülkiyet ilişkisi olmayıp doğacak menfaatler üzerinde bir mülkiyet ilişkisi olduğuna dair bkz. Merginani, Hidaye, *(Feth-Neta'ic şerhi)* ile IX, 69; Mübahların istihsali için bkz. Serahsi, *Mebsût,* II, 217.

Görüldüğü gibi İslam Hukukuna göre hizmet sözleşmesi bir mülkiyet ilişkisi değildir. Bir şahsi ilişkidir. Ancak bu şahsi ilişki sonunda -akde konu olan hizmetten- doğan menfaat üzerinde bir mülkiyet hakkı sözkonusudur.

Mülkiyeti sosyolojik bir görüş açısından tanımlamaya çalışan W. E. Mooreda:

"Mülkiyet, özel ve tüzel kişilerin, insan ihtiyaçlarına oranla kıt olan değerler (kolay bulunmayan değerler) üzerinde kanunlar tarafından belirtilen ve düzenlenen haklardan ibarettir"[38] sonucuna varmak suretiyle, mülkiyetin hukuki, sosyolojik ve ekonomik yönünü daha iyi açıklamış olmaktadır. Sayın Adnan Güriz'in dediği gibi bu tanımlamaya göre:

1- Mülkiyet hakkı değerleri kapsamaktadır. Buradaki değer kavramı maddi olan ve olmayan değerleri içine almaktadır.

2- Mülkiyetin konusu olan değerlerin kolayca bulunmaması veya insan ihtiyaçlarına oranla kıt olması gereklidir. Mülkiyet konusu olan kıymetlerin azlığı veya çokluğu kimin neye sahip olabileceğini belirtmek bakımından önemlidir.

3- Mülkiyet bir haktır veya daha doğru bir deyimle haklar demetidir, (bundle of rights).[39] Mülkiyeti bir haklar demeti olarak vasıflandırmak, onun sosyal ve ekonomik hayattaki fonksiyonunu izah edebilmek bakımından faydasız değildir. Bu görüş açısının mülkiyeti yalnız eşya üzerindeki hak sayan ve kaynağını Roma Hukukundan alan klasik anlayışa göre daha da yararlı olduğu söylenebilir.

4- Mülkiyet hakkının belirtilmesi ve sınırlarının gösterilmesi, devletin[40] ödevleri arasına girer.

5- Mülkiyet hakkı ancak toplum hayatı içinde bir anlam taşıyabilir. Toplum dışında mülkiyet hakkından söz etmek kabil değildir. Böylece mülkiye-

38 Güriz, Adnan, *Türkiye'de Toprak Reformu Semineri,* s. 75: Moore, W.E. The Emergence of New property Conceptions in America, Journal of Legal and Political Sociology, April 1943, p. 34'e atfen.

39 Güriz, Adnan, *Friedmann, Law in a changing Society,* London 959 p. 66 ya atfen.

40 "Devlet yerine Hukuk veya "hukuk düzeni" tabirini tercih ediyoruz. Sınırlarının gözetilmesi konusunda "devlet" tabiri yerinde ise de hakkın belirtilmesi konusunda "hukuk"un yerine "devlerin ikamesi bizce hukuk düşüncesine uygun değildir. Zira devletin ödev ve sorumluluklarını da hukuk belirler.

tin tabii bir hak olduğu yolunda bazı tabii hukukçular tarafından savunulan fikir de reddedilmiş olmaktadır.[41]

6- Mülkiyet hakkı toplum hayatının sonucu olduğuna ve devlet tarafından belirtildiğine göre bu hakkın kapsamını tesbit etmek ve değiştirmek yetkisine de devletin sahip olduğunu kabul etmek gereklidir.[42]

7- Mülkiyet hakkına ancak gerçek ve tüzel kişiler sahip olabilirler. Hukuk bakımından önemli olan insanların insanlarla olan ilişkilerinin düzenlenmesidir, insanların şeylerle olan ilişkisi hukuk için fazla önem taşımaz. Kişilere şeyler üzerine haklar tanınması diğer kişilerle olan münasebetini etkiler. Mülkiyet hakkı kişilere ait bir hak olarak belirmektedir.[43] Bununla beraber hukuk düzeninde mülkiyet hakkı yalnızca özel veya tüzel kişilere hasredilemez, mülkiyetin dağılımında hem özel hem tüzel kişiler hak sahibi olurlar.

Bu tarifler, mülkiyet anlayışının zamanımız Avrupa ve Amerika'sında en azından teorik planda almakta olduğu şekli yansıtmaktadır.

Her ne kadar henüz Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi kararlarında modern mülkiyet anlayışının benimsendiğini gösteren emareler bulunmadığı gibi İsviçre Federal Mahkemesi de mülkiyeti tabii bir hak sayan 18. yüzyıl konsepsiyonunun etkisinden hala kurtulmuş değil ise de.[44] 1776 tarihli Virginia haklar beyannamesinin birinci maddesinin: *"Bütün insanlar tabiaten eşit olarak hür ve bağımsızdırlar ve toplum halinde birleşirken kendilerinden gelecek nesilleri hiç bir sözleşme ile mahrum edemeyecekleri ve onları ellerinden alamayacakları, doğuştan kendilerine ait olan bazı haklara sahiptirler. Bunlar, hayattan ve hürriyetten yararlanma hakkı ile mülk edinme ve tasarrufu, mutluluk ve güvenlik aramak*

---

41 Mülkiyet hakkının ancak toplum içinde bir anlam taşıdığı doğrudur. Ancak, insanı da yalnız düşünmek mümkün olmadığına göre toplumu insandan ayırma fikrine katılamıyoruz. İnsanlar ama büyük ama küçük fakat mutlaka daima toplu halde yaşamışlardır. Her toplu yaşayan insan topluluğu toplumu oluşturacağına göre, insanın olduğu yerde toplum da basit manada da olsa haklar da ödevler de olmuş demektir.

42 "40" numaralı notumuzdaki düşüncelerimiz bu madde için de variddir.

43 "Diğer kişilerle münasebetini etkileyeceğinden" korkarak "kişilere şeyler üzerinde haklar" tanımamak ve mülkiyet ilişkisini de netice itibariyle kişilere ait bir hak yani şahsi hak olarak görmek, mülkiyet hakkını inkar anlamını taşıyabilir. Bu sebeple bu mülahazaya katılmamız mümkün değildir. Mülkiyet hakkını benimsiyorsanız, "kişilere şeyler üzerinde haklar" tanıyacaksınız. Bu hakkın sahibine yükleyeceğiniz ödevler ve sınırlamalar başka.

44 Güriz, Adnan, Seminer, s. 79-80.

ve elde etmek haklarıdır".[45] İfadesi ve 1789 Fransız insan ve Vatandaş Hakları beyannamesinin ikinci maddesinin: *"Devlet olarak her birleşmenin amacı insanın tabii ve zamanaşımı ile ortadan kalkmayan haklarının korunmasıdır. Bunlar, hürriyet, mülkiyet, güvenlik, zulme karşı direnme haklarıdır".*[46] İfadesi ile mülkiyet bir yandan temel haklar arasında kesin bir şekilde açıklanırken özellikle ikinci dünya savaşından sonra yayınlanan anayasalarda da özel mülkiyet hakkının yeni ve farklı bir açıdan ele alındığı dikkati çekmektedir.[47]

1949 tarihli Batı Almanya Anayasası'nın 14. maddesinde *"Mülkiyet ve miras hakları teminat altındadır"* hükmünün yanında "mülkiyetin ödevler yüklediği, mülkiyetin kullanılmasının kamu yararına olması gerektiği" belirtilmiştir.[48]

1 Ocak 1948 tarihli İtalyan Anayasası'nın 42. maddesinde "Özel mülk edinmenin ve özel mülkten yararlanmanın kanun tarafından teminat altına alındığı" ifade edilmekte, ayrıca, "mülkiyetin sosyal fonksiyonunu ifa edebilmesi ve herkes tarafından iktisab edilebilmesi için kanun tarafından sınırlandığı" açıklanmaktadır.[49]

Benzer şekilde 1948 tarihli Bolivya Anayasa'sının 17. maddesi mülkiyetin kullanılmasının kamu yararına aykırı olamayacağı" esasını ihtiva etmektedir.[50] 16 Mart 1949 tarihli Arjantin Anayasa'sının 38. maddesinde "mülkiyetin sosyal bir fonksiyonu bulunduğu ve bu yüzden kamu yararı düşüncesi ile kanun tarafından konulan sınırlamalara tabi olduğu" ilkesi yer almış bulunmaktadır.[51]

Özellikle ikinci Dünya Savaşı'ndan sonra yürürlüğe giren anayasaların büyük çoğunluğunda benzer hükümlere rastlanılması, mülkiyet kavramında pozitif hukuku etkileyen bir değişmenin ve farklılaşmanın belirdiği şeklinde yorumlanabilir.[52]

Mülkiyet kavramında pozitif hukuku da etkileyen bu değişmeler insanların maddi hayat şartlarına özellikle son yüzelli yıldan beri meydana gelen çok önemli bir takım değişmelerin tesiri ile ve bunun tabii bir sonucu olarak hatta bizzat modern kanun koyucunun devlete yön veren yüksek ideali gerçekleş-

---

45 Güriz, Adnan, s. 72.
46 Güriz, Adnan, s. 72.
47 Güriz, Adnan, s. 74.
48 Güriz, Adnan, s. 74: Peaslee: *Constitutions of Nations*, Vol II, 1956, p, 32-33'e atfen.
49 Güriz, Adnan, age. s. 74 Peaslee, age. pb. 487'ye atfen.
50 Güriz, Adnan, age. s. 74 Peaslee, age. Vol I, p. 181'e atfen.
51 Güriz, Adnan, age. s. 74 Peaslee, age. Vol I, p. 56'ya atfen.
52 Güriz, Adnan, age. s. 75.

tirmek yanında fakat ondan da daha önemli olarak insanlar arasındaki maddi ilişkileri düzenlemek gereği ile karşı karşıya kalması[53] ile izah edilebilir.[54] Ve bu izah şekli Batı dünyası için doğrudur.

Bunun yanında bir başka doğru daha vardır ki o, İslam Hukuk düzeni ve İslam Hukukçularının "insanların maddi hayat şartlarında son yüzelli yıldan beri meydana gelen çok önemli bir takım değişmelerden çok önce "insanlar arasındaki maddi ilişkileri" düzenleme gereğini duymuş; Kur'an, sünnet, ashabın uygulamalın ve müctehid hukukçuların içtihadları ile sistemleştirmiş olmalarıdır.

"İnsanlar arasındaki maddi ilişkilerin" önemli bir bölümünü teşkil eden mülkiyetin her çeşidinin (kamu, özel, devlet) uygulanması yanında tesbit edebildiğimize göre, en az hicri 6. miladi 12. yüzyılda mülkiyetin hukuki tarifi yapılmıştır. Hicri 587 yılında vefat eden ünlü İslam Hukukçusu el-Kasani ile Hicri 593 yılında vefat eden Havi'l-kudsi müellifi Kadı Cemaluddin Gaznevi ve bunları takip eden İslam Hukukçuları (fukaha) mülkiyetin hukuki tariflerini vermişler, mülkiyetin hukuk düzenince benimsenen ve düzenlenen bir hak olduğunu belirtmişlerdir.[55]

Mülkiyetin mahiyet ve muhtevası ile ilgili mülahazaları tamamlamadan önce bir kaç hususa daha işaret edelim:

1- Gördüğümüz gibi Jill Üniversitesi Profesörleri mülkiyeti, kişi veya kişiler ile servet veya hür kişiler arasındaki "mutlak ilişki" olarak tarif ediyorlar.

Tarifteki "gayri maddi" kaydının ilişkiyi sınırlayan bir kayıt değil, niteleyen bir kayıt olduğu açıktır.

Buna mukabil İslam Hukuku Alimleri her ilişkiyi ve mesela hırsız ile çaldığı eşya, gasbeden ve gasbettiği eşya arasındaki ilişkiyi onaylamadığı için İslam Hukukçular ilişkiyi "hukuki" kaydı ile sınırlandırmışlardır.

---

53 Güriz, Adnan, age. s. 75.

54 Güriz, Adnan, age. s. 75.

55 Bunu bir hukuk sisteminin diğerine üstünlüğünü iddia maksadı ile değil, hukuk kavram ve müesseselerinin tarihi araştırılırken dünyanın önemli bir coğrafi kesiminde, dünya tarihinde azımsanmayacak bir müddetle ve görmezlikten gelinmeyecek Devletler halinde yaşamış bir hukuk sisteminin gereği gibi dikkate alınmamakta olduğuna işaret için söylemiş oluyoruz. Dünya tarihinde İslam Devletlerini ve onlarda uygulanan hukuk ve bu arada mülkiyet ilişkilerini kaldırınız, Marx'ın tarihe ait maddi yorumu en az yüzde elli oranında doğru;

İslam Devletlerini ve onlarda uygulanan hukuk ve bu arada mülkiyet ilişkilerini gündeme getiriniz Marx'ın tarihe ait yorumu yüzde yüz yanlış çıkar.

2- F. E. Moore, mülkiyeti, "kanuni ilişki" saymaktadır. Tarifin açıklanmasında da gördüğümüz gibi bu durum mülkiyet ilişkisini hukuktan koparma anlamı taşımaktadır.

Nitekim mülkiyetin artık bir hak olma mahiyetini kaybettiğini savunan Duguit.[56] "Pozitif Hukuk açısından ele alındığında malikin durumunu iktisap işleminin sonucu saymamakta; fakat kanundan doğan genel ve daimi bir durum olarak nitelendirmektedir. İktisap, kanunun belli kişilere uygulanması için gerekli şarttan başka bir anlam taşımamaktadır.[57] Bu sebeple eğer yeni bir kanun toplumda uygulanan mülkiyet rejimini değiştirirse, bu kanun yürürlüğe girmesinden sonra malik olanlara değil, kanundan önce mülkiyeti elde etmiş olanlara da uygulanır. Bu kanunun mülkiyet hakkını daha önce kazanmış olanlara uygulanması, kanunun geçmişe yürürlüğü olarak anlaşılmamalıdır; Çünkü mülkiyet; kanunun belirttiği bütün değişmelere tabi olan bir durumdur" demektedir.[58] Bu suretle Duguit, mülkiyet ilişkisinin, hukukun koruduğu en esaslı konulardan olan "kazanılmış hak" kaydına bile tabi olmadan doğrudan doğruya kanunla yeniden düzenlenebilen bir kurum olduğunu savunmaktadır.

Mülkiyet ilişkisini, mutlak ilişki sayan görüş kadar, bu ilişkiyi "hak" bile saymayan ve neticede hukuktan koparan görüşün de hata olduğu açıktır. Esasen, temelde "şeyler üzerindeki mülkiyet hakkı topluma mı yoksa kişilere mi ait olmalıdır" sorusu etrafında dönen tartışmalar tarihi hep böyle "ifrat" ve "tefrit" karakterli tartışmaların tarihidir. İslam Dünyası'nı bu tartışmaların dışında saymak doğru olur. Zira göreceğimiz gibi İslam Hukuk düzeni, gereğine ve ihtiyacına göre hem "kamu" hem "özel" hem "devlet" mülkiyetine, sisteminde, kaide olarak yer vermiştir. Dolayısıyla mülkiyet hakkı topluma mı kişilere mi ait olmalıdır? problemi, hem teorik hem pratik planda baştan çözülmüştür.

3- Tasarruf yetkisi, mülkiyet hakkının muhtevasına dahil yetkilerdendir. Ancak İslam Hukukçularının analizine göre bir kimsenin "malik" sayılabilmesi için mülkünde mutlaka bilfiil tasarruf etmesi, hatta edebilir olması şart değildir. "İllâ li-mâni'in" (bir engel bulunmadıkça) kaydının açıklanmasında gördüğümüz gibi, çocuk, akıl hastası ve diğer kısıtlılar maliktir ama bilfiil tasarruf iktidarında değildir. Sahip olduğu mülkiyet hakkını onun adına kanuni temsilcisi veli veya

56 Akipek, age. s. 7; Güriz, *Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu,* s. 306.

57 Duguit, Leon, *Traite de Droit Constitutionnel,* Tome Deuxime, Paris, 1923. p. 210'a atfen: Güriz, Adnan, age. s. 308.

58 Güriz, Adnan, age. s. 308.

vasi kullanır. Bu şekilde cebri vekaletin yanında, gerek çeşitli şirket akidleri, gerekse tamamen İslam Hukukuna özel sayabileceğimiz ve bugün birçok ekonomik problemlerin çözümüne yarayabiyecek nitelikteki "mudarebe" şirketinde malik[59] malı üzerindeki her türlü tasarruf yetkilerini ortağına, mümessiline (vekil) veya bugün "managers" denilen yöneticilere devredebilir. Böyle bir muamele İslam Hukukçularının mülkiyet anlayışına yabancı değil bilakis uygundur.

Mülkiyet meselesinin teorik açıdan oldukça geniş bir araştırmasını yapan Sayın Adnan Güriz şunları söylüyor: "Bundan başka kapitalist ülkelerde anonim şirketlerin giderek büyümeleri ve güçlenmeleri, Roma Hukukundan gelen mülkiyet kavramının doğmatik kuruluğunu ortaya çıkarmakta rol oynamıştır. Anonim şirket tahviline sahip olanın şirket alacaklısı olduğu söylenebilir. Buna karşılık anonim şirket hissedarı şirketin maliklerinden sayılabilir. Ancak anonim şirket hissedarının ifa ettiği fonksiyonla malikin fonksiyonu arasında bir özdeşlik olmadığı da açıktır. Anonim şirketlerde mülkiyetin amacı, kapitalist düzenin temel felsefesine uygun biçimde kazanç olmakta devam etmekle birlikte hissedar mülkiyet üzerindeki "tasarruf" yetkisini anonim şirket yöneticilerine (managers) bırakmış bulunmaktadır. Hukuki mülkiyet ile mülkiyetin doğurduğu tasarruf yetkisinin ve bunları kullanan kişilerin bu şekilde ayrılmış bulunması da Roma Hukuku mülkiyet anlayışının yetersizliğini açık seçik ortaya koymaktadır.[60] "Buna karşı Anglosakson mülkiyet görüşü hukuk kavramlarını teorik olarak tanımlamaktan daima kaçınmış, hukuki ilişkiler, sorumluluklar, haklar, borçlar ve davranış biçimlerini değerlendirmeyi tercih ederek pragmatik gelişimi içinde hukuki, sosyal ve ekonomik ilişkileri birleştirmiştir. Bu sebeple Anglo-sakson hukuku, ipoteğin doğurduğu hakkı, şirket hissedarlığının doğurduğu hakları, patent hakkını, fikri hakları ve nihayet alacak haklarını mülkiyet kavramı içinde değerlendirerek maddi haklar ve maddi olmayan haklar şeklinde bir ayırıma gitmemiştir".[61]

Biz de ilave edelim ki, İslam Hukukçuları önce menfaat ve bazı hakları, bugünkü ifade ile "hukuki değerleri" mülkiyet konularından sayarak, sonra da tasarruf yetkisinin bizzat kullanılmasının mülkiyet haklarının şartlarından olmadığını, ayrıca bunun çeşitli tipteki şirketler, özellikle mudarebe ortaklığı

59 Mudârebe akdi, - mülkiyetin iktisabı bahsinde genişçe göreceğimiz gibi sermaye bir tarafa, işletme diğer bir tarafa ait, kar ise sözleşme ile belirlenen oranda taraflara ortak olmak üzere yapılan bir ortaklık sözleşmesidir.

60 Güriz, Adnan, age. s. 341.

61 Güriz, Adnan, age. s. 342.

ve vekalet gibi hukuki yollarla mülkiyetten ayrı olarak devredilebilir olduğunu benimseyerek zamanımız “anonim şirketler” vakıasından çok önce, bu ihtiyaca cevap vermişlerdir. İslam Hukukuna göre “hissedar”, “zarar” a da “kar”a da katılmak üzere, “malik ortak”tır. Bir anonim şirket ortağı müslüman, tasarruf yetkisini bizzat kullanmasa da, sağlayacağı kazancın helal kazanç olması bakımından, tasarruf saha ve biçimlerinin meşru’iyyetini takip etmek vazife ve sorumluluğundadır. Bu vazife ve sorumluluk, dini ahlaki karakterde bir sorumluluk olduğu kadar aynı zamanda bir hukuki sorumluluktur. Zira haram kazanç meşru mülkiyet hakkına konu olmaz.

4- Mülkiyet bir “sosyal görev” midir?

Gördüğümüz gibi, mutlak karakterli mülkiyet hakkına karşı kendisini gösteren cereyanlar çok çeşitlidir. Bunlardan bazıları bu hakkı temelden reddederken bazıları da bu hakkın “mutlak”lık karakterini takyide yönelik tekliflerde bulunmuştur. Mülkiyet hakkını reddetmemekle beraber ona bazı sınırlamalar getirmeyi teklif edenlerden bir kısmı çok ileri gitmiş ve mülkiyetin artık bir “hak” olmaktan çıktığını, onun bir sosyal görev (fonction sociale) olduğunu savunmuşlardır. Bu düşüncenin Avrupa’daki temsilcisi Duguit’ye uyarak İslam Dünyasında da bu fikri benimseyenler olmuştur. Bunlardan biri Dirayetli araştırmacılardan Ali el-Hafiftir. Bu zat İslam Hukuk sisteminde mülkiyete getirilen tahdid ve yükletilen mükellefiyetlere bakarak Duguit ile beraber, bu hakkın sosyal bir ödevden ibaret olduğunu savunmuştur.[62]

Biz, İslam Hukukunun bu hakka getirdiği tahdidlerin ve malikine yüklediği mükellefiyetlerin, bu düşünceye hak verdirecek ölçüde olduğunu kabul etmekle beraber, bu fikre katılamıyoruz; çünkü, her şeyden önce İslam Hukuk sisteminde mülkiyet, yerinde izah ettiğimiz gibi, yüklendiği vazifeye (emanet) karşılık insana tanınan bir “hak” tır Hak olan bir şeyi, ne ölçüde sınırlarsanız sınırlayınız onu, onun mukabili olan “vazife” ye döndüremezsiniz. Şayet “hakk”a vazife derseniz, onun “hak” adı artık isim olarak kalır. Yani hak inkar edilmiş olur.

Bu sebeple M. Faruk en-Nebhani ile beraber “mülkiyet vazifedir demek doğru değil ama bu hak, sahibine vazifeler de yükler” diyeceğiz.[63]

---

62 el-Hafif, Ali, age, s. 23-24,

63 Krş. M. Faruk en-Nebhani, *Mebadi’u’l - İktisadi’l-İslami,* Zü’l-Ka’de 1396 tarihinde Su’ud Üniversitesi’nde toplanan İslam Hukuku (fıkh) kongresine sunulan tebliğ, s. 25-26.

II. MÜLKİYET HAKKININ MEŞRUİYETİ

A) Bazı Tesbitler

Bilindiği gibi İslam Teşri kaynakları arasında "örf" ve "adet" ile "önceki hukuk" (şer'u men kablena) vardır. Bunun manası kısaca şudur:

İslam Dini ilk din; Peygamberi ilk peygamber; kitabı ilk kitap değildir:

"Muhammed ancak bir Rasuldür. Ondan evvel Rasuller hep geldi geçti";[64] *"O, sana kitabı hak olarak indirmekte: önündekileri tasdik edici olarak ki önceden insanlara hidayet için Tevrat'ı ve İncil'i indirmişti";*[65] *"Filhakika biz sana (ey Habibim) öyle vahiy indirdiki ki Nuh'a ve ondan sonra gelen bütün peygamberlere vahy ettiğimiz gibi. Hem İbrahim'e, İsmail'e, İshak'a, Yakub'a, Esbat'a, İsa'ya, Eyyub'a, Yunus'a, Harun'a, Süleyman'a vahyettiğimiz, hem Davud'a Zebur'u verdiğimiz gibi. Hem gerek sana evvelce naklettiğimiz rasulleri ve gerek nakletmediğimiz Rasulleri gönderdiğimiz gibi, hem de Allah'ın Musa'ya kelamı söylemesi gibi. Hep rahmet müjdecileri, azap habercileri olarak gönderilmiş peygamberler ki artık insanlar için Allah'a karşı peygamberlerden sonra bir itiraz bahanesi olmasın. Allah, aziz ve hakim bulunuyor.*[66]

İslam'dan, O'nun Peygamberi Hz. Muhammed'den ve Kitabı Kur'an'dan önce insanlara gelen peygamberler ve kitaplar da insanlara rehberlik etmiştir. Peygamberler, birbirini tamamlayan bir silsile manzarası arzederler. Allah, son kitap Kur'an-ı Kerim ve son peygamber Hazreti Muhammed ile dini tamamlamıştır:

---

64 Al-i İmrân Sûresi 144.

65 Al-i İmrân Sûresi. 3.

66 Nisâ Sûresi, 163-165. (Yazır, II / 1523 - 24).

"Muhammed sizin ricalinizden hiçbirisinin babası değil; fakat Allah'ın Rasulü ve peygamberlerin hatemidir. Allah her şeyi alim bulunuyor";[67] *"Ben ancak yüksek ahlakı tamamlamak için gönderildim"*.[68]

İslamiyet, daha önce getirilen kaidelerden bozulanları düzeltmiş; zamanı geçen kaide varsa kaldırmış veya değiştirmiş; gerektiği ölçüde de yeni kaideler vaz'etmiştir:

"Biz bir ayetten neyi kaldırır (nesh) veya unutturursak ondan daha hayırlısını veya benzerini (misl) getiririz".[69]

Buna göre insanlar Allah'ın öğrettiği dinlerden birine mensup olsunlar veya olmasınlar mutlaka sosyal düzenlemelerde, dinlerin etkisi ile kurulan sistemlerden yararlanmışlardır. Yararlanmasalar bile, Allah insanı iyiyi kötüden seçecek nitelikte (fıtrat) yarattığı için insanların, çoğunluğunun tasvibini kazanan düzenleri, büyük ölçüde, "iyiyi" ve "güzeli" temsil edebilir. Esasen insanların meydana getirdiği sosyal düzen, büyük ölçüde insan ihtiyaçlarının gerektirdiği münasebetlerin ifadesidir.[70]

Hal böyle olunca, biz de İslam Hukukunda "mülkiyet" müessesesinin meşruluğunu incelerken İslam'ın zuhuru sırasındaki mevcut durumu dikkate alacak; İslam'ın bu müesseseye karşı takındığı tavrı bu sayede daha iyi tesbit edeceğiz. Bu itibarla biz bu bakış açısı ile bazı tesbitlerde bulunalım:

1- Hima

İslam'ın zuhurundan önce Araplar arasında bir "hima" müessesesi görüyoruz. "Hima" şu demektir:

Cahilliyye devrinde[71] nüfuzlu bir kişi otlak bir yere konduğunda seçtiği bir noktadan köpek sesinin ulaştığı çevreyi belirler orayı kendi korusu yapardı. Artık işaretlerle belirlediği bu alanda kendisinden başkası hayvanını otla-

67 Ahzâb Sûresi, 40.

68 İmam Mâlik, *Muvatta'*, Hüsnü'l - Hulk, 8.

69 Bakara Sûresi, 106.

70 Mutezile ve Maturidi ekollerinin "hüsün" "kubuh" nazariyyeleri ile Tabii Hukuk Ekolü nazariyyeleri ile karşılaştırılabilir.

71 İslam'dan önceki Arap Tarihine Cahilliye Devri denir.

tamaz ve fakat kendisi bu alanın dışında kalan sahadan da herkes gibi yararlanmaya devam ederdi.[72]

Hz. Peygamber (s.a.v.): *(Kişilerin) koru (hima) hakkı yoktur. Allah ve Rasülü'nün koru hakkı vardır*.[73] Yani, ancak savaş at ve develeri (beylik mallar) ile zekat develeri (baytülmale ait mallar) otlatılmak üzere; başka bir ifade ile koru ancak, kamu mallarının ihtiyacı için kamu adına meşru olabilir, buyurarak bu imtiyazı kaldırmıştır.

2- Mirba' (Başkan Payı):

Araplar arasında bir başka gelenek daha vardı: Başkan payı. Cahiliyye şairlerinden Abdullah b. Enma ed-Dabiy kabile başkanı Bistam b. Kays'a hitaben bir şiir söylemiş, şöyle demişti:

"Ondan mirba senin, safiler senin.

İsteğin kanundur: Neşita senin fudul senindir".[74]

Burada ifade edildiği gibi o devirde kabile başkanları elde edilen ganimetten;

a) 1/4'ünü (mirba)

b) Bundan ayrı olarak bütün ganimetin içinden beğendiklerini (safaya)

c) Yolda eline geçenleri (neşita)

d) Her askere bölünmesi mümkün olmayan taksim fazlası canlı mallar gibi şeyleri (fudul), kendi şahsına ait olmak üzere alırdı.

Bu bir fiili durumdu. Az sonra izah edeceğimiz meşruluk yönü bir tarafa bu fiili durum, cahilliyye şairlerinden ayrı olarak bizzat Hz. Peygamber tarafından da dile getirilmiştir:

"Allah kıyamet günü huzuruna çıkan kulunu karşısına alır ve der ki: Ne dersin, seni üstün bir varlık yapıp sana ikramda bulunmadım mı? Seni kavminin reisi yapmadım mı? Sana hayat arkadaşı vermedim mi? Atları; develeri senin hizmetine

---

72 İbnu'l-Esir, *en-Nihâye,* I, 447.

73 *Buhâri*, cihad, 136, Musakat, 11; Ahmed b. Hanbel, *Müsned,* IV, 38, 71, 73.

74 Kurtubi, Tefsir, VIII, 13.

tahsis etmedim mi? Seni serbest bırakmadım mı, baş oluyor, dörtte biri (mirba, başkan payı, arslan payı) çekip alıyordun!".[75]

Görüldüğü gibi, kulların ahirette hesabını vereceği işler arasında, kabile reislerinin bu dörtte birleri (mirba) da sayılmıştır.[76]

İşte bu fiili durum, özellikle dini ruhsattan yoksundu. Zira yine hadislerden öğreniyoruz ki İslam'dan önce hiçbir ilahi dinde ganimet mubah değildi: *"Bana ganimetler mubah kılındı. Benden önce hiçbir peygambere ganimet helal kılınmamıştı".*[77] Hadisinde Hz. Peygamber (s.a.v.) bu durumu haber vermektedir. Geçmiş ümmetteki uygulama, gökten bir ateşin inip yakması için ganimetin bir noktada yığın yapılması şeklinde idi.[78] Hal böyle olunca değil başkanın, hiç kimsenin ganimetteki payı yoktu. Ganimet malı kimseye mubah değildi.

Bedir harbinde ganimet elde eden müslümanlar, ganimet malları hakkında hüküm beklerken Enfal Sûresi ilk ayeti inerek "ganimet'e ait hükmün Allah'a Rasulüne ait olduğu bildirildi. Allah'a ve Rasulüne ait olduğu bildirilen bu hüküm ise aynı sûrenin 41. ayetinde şöyle açıklandı: "Biliniz ki ganimet olarak ele geçirdiğiniz malların beşte biri (humus) Allah'a, (onun hükmü ile) Rasulüne, karabet sahibi olana, yetimlere, yoksullara ve yolda kalmışlara aittir." Böylece:

1- Önceki ümmetlerden farklı olarak ganimet Muhammed ümmetine mübah kılındı.

2- Ganimet mallarından beşte biri alakonulduktan sonra kalan beşte dördü gazilere taksim edilecekti.

3- Ganimetin beşte biri Allah (kamu) hakkı olarak ayrıldı. Ayrılan bu beşte birden Allah'ın emri gereği:

a) Hz. Peygamber,

b) Hz. Peygamberin akrabası (zü'l-Kurba)

---

75 *Müslim,* Zühd, 16; *Tirmizi* Kıyame, 16; *Ahmed b. Hanbel* II, 492.

76 Bu dörtte bir mes'elesini anlatırken el-Asma'î "Cahiliyye devrinde dörtte bir idi; İslamiyette beşte bir oldu" diyor. Bkz. Kurtubi, Tefsir, VIII, 14.

77 *Buhâri,* Teyemmüm, 1; salât, 56, humus, 8; *Müslim,* mesacid, 513; *Ebu Davud,* Cihad, 121; *Dârimi,* salât, 111; Siyer, 28; *Ahmed b. Hanbel*, I, 301.

78 *Tirmizî*, Enfal Sûresi Tefsiri, 8.

c) Yetimler

d) Yoksullar ve

e) Yolda kalmışlar (ebna'us-Sebil), ihtiyaçlarını karşılayacaktır.

4. Başkan payı (mirba) diğer adı ile arslan payı kaldırılmış oldu.[79]

Konu ile ilgili hadislerden öğreniyoruz ki Hz. Peygamber'e ve onunakrabasına ait bulunan beşte bir içindeki pay, Hz. Peygamberin vefatından sonra düşecek ve bu beşte bir geri kalan üç sınıfa: Yetimler, yoksullar ve yolda kalmışlara ait bulunacaktır: "Bu malların içinde benim payım sadece beşte bir içindedir ve o da sonuçta size ait olacaktır.[80]

Bu konuda İslam Hukukçuları arasında ittifak vardır. Sadece İmam Hukukçulardan Ebu Sevr (246/860), Hz. Peygambere ait bulunan bu hakkın Hz. Peygamber'den sonra otomatikman devlet başkanlarına (imam) geçeceği görüşündedir.[81]

Yine uygulamadan, yani Hz. Peygamberin fiili sünnetinden öğreniyoruz ki Hz. Peygamber (s.a.v.)'in ganimetin taksiminden önce ganimetin içinden bir at, bir deve, bir hizmetçi, bir pay gibi bir şey seçme hakkı vardır ve önceden ölçüsüz bir şekilde ve tamamen başkanın arzusuna göre uygulanan bu seçme işi bizzat emin olan Hz. Peygamber hakkında da devam etmiş ve mesela zülfikar adlı kılıç ile Safiyye validemiz Hz. Peygambere böyle bir safiden intikal etmiştir.[82]

Bu konuda ihtilafın bulunmadığını İbnu'l-Arabi'nin "Ahkam'ına dayanarak haber veren Kurtubi, konu ile ilgili bir de hadis kaydediyor: *"Amir eş-Şa'bi'den: Hz. Peygamberin "safiy" adı verilen bir hakkı vardı. İsterse bu hakkını ganimet içinden bir hizmetçi, bir cariye veya bir atı, tahmisten önce seçip alırdı"*.[83]

Görüldüğü gibi cahiliyye devrinde mülkiyetle ilgili uygulamalar vardır. Bunlar, İslam döneminde iptal edilmemiş, sadece:

---

79 Krş. Kâsâni, *Bedayi'*, VIII, 116 v.d.; Kurtubi, Tefsir, VIII, 13 v.d.

80 *Ebu Davud,* Cihad, 120, 149; *Nesaî,* Bey'; *Ahmed b. Hanbel,* IV, 128.

81 Kurtubi, Tefsir, VIII, 13; *İbnu'l-Arabi Ahkâmu'l-Kur'an*'a atfen.

82 Kurtubi, Tefsir, VIII, 13.

83 *Ebû Dâvud,* İmare, 21.

a) Hima, özel menfaatler için yapılamaz,

b) Ganimet Allah'ın emrettiği şekilde taksim edilir: Ganimetin beşte biri kamu ihtiyaçlarına ayrılır; beşte dördü de gazilere taksim edilir şeklinde ıslah edilmiştir.

Bu ıslah ameliyesi yanında biz Kur'an-ı Kerim'den ve hadisi şeriflerden öğreniyoruz ki İslamiyet'in zuhurundan önce o toplumda "özel mülkiyet" vardı. Herkesin kendine ait az veya çok malı mülkü mevcuttu:

1- "O muhacir fakirlere ki yurtlarından (dar, diyar) ve mallarından (mahrum edilerek vatanlarından) çıkarılmışlardır".[84]

2- "Onlardan önce (Medine'de) yurt tutmuş, imanı benimsemiş olanlar (ensar) ise, kendi yanlarına hicret edenleri severler. Onlara verilenlerden bir rahatsızlık duymaz, kendileri ihtiyaç içinde bulunsa bile onları kendilerine tercih ederler. Kim nefsinin kaprislerinden (şuhh) yakasını kurtarabilmişse işte kurtuluşa erenler onlardır".[85]

Görüldüğü gibi Mekke'den Medine'ye hicret etmek zorunda kalan müslümanların ev-bark (dar-diyar) ve sair mallarını Mekke'de bırakmak zorunda kaldıklarından yani Mekke'de mal-mülk sahibi olduklarından ve Medine'li müslümanların da Medine'de ev-bark sahibi bulunduklarından söz edilmektedir.

3- Mu'ahat (Kardeşleştirme)

Bilindiği gibi mu'ahat, İslam tarihinde orijinal; orijinal olduğu kadar da önemli bir hadisedir.

Din ve iman uğrunda Mekke'deki evlerini - barklarını, yerlerini - yurtlarını, mallarını - mülklerini terk edip bazı yerlere, en son olarak da Medine (Yesrib) şehrine göç etmek zorunda kalan müslümanları, Medine'deki ev sahibi müslümanlar, tam bir kardeşlik ruhu ile karşılamışlar, onları evlerinde misafir etmişlerdir. Hz. Peygamber (s.a.v.), bu muhaceretten bir müddet sonra "muhacir"lerle "ensarî" ikişer ikişer kardeş yaptı. Buna "ah" (kardeş) kökünden gelen kelime ile "mu'ahat" denmektedir. Bu mu'ahatta mesela:

84 Haşr Sûresi, 8.
85 Haşr Sûresi, 9.

Hz. Ebu Bekr (r.a.), Harice b. Zeyd ile;

Hz. Ömer (r.a.), Utbe b. Malik ile;

Hz. Osman (r.a.), Evs b. Sabit ile... kardeşleştirilmişti.[86]

Her muhacir, kardeşi ensarın evinde kalıyor; onun malı - mülkü ile geçiniyordu. Bu durum bilhassa muharciler için rahatsızlık veren bir durumdu. Öyle ya elinde kendine ait malı - mülkü yok. Hep başkasının imkanları ile geçinmektedir. Derken ensar o ince ruhlu müslümanlar Hz. Peygambere teklifte bulundu: "Biz mallarımızın yarısını muhacir kardeşlerimize verelim." Hz. Peygamber buna razı olmadı. Fedakarlığın bu kadarı fazla idi. "Öyle değil de, siz tarla ve bahçelerinizi kardeşlerinize yarıya verin" işaretinde bulundu. Onlar muhacir kardeşlerine bu yolda teklifte bulundular. Muhacirler de bunu severek kabul ettiler. Ve artık muhacir müslümanlar, bahçelerin sulama ve bakımı ile meşgul olacaklar; ürünü ensar kardeşleri ile bölüşeceklerdi.[87]

Bu uygulamada görüyoruz ki. Ensar'dan herkesin kendisine ait meyvası, bahçesi vardır. Herkes kendine ait malının mülkiyetini yarı yarıya muhacir kardeşlerine vermek istemektedir. Fakat Hz. Peygamber (s.a.v.) buna razı olmuyor ve "ortakçılık" tavsiye ediyor.[88]

Hadislerden öğreniyoruz ki bu hal Hayber fethine veya Fedek arazisinin müslümanların eline geçmesine kadar devam etmiş; bu fetihlerden elde edilen mallar muhacirlere dağıtılıp ihtiyaçları kalmayınca Ensar'ın malları kendilerine teslim edilmiştir.[89]

4- Fey'

Bu hadiseyi tamamlayan başka bir düzenleme görüyoruz, Fey'.

Fey, kısaca mülkiyeti kamuya ait gelir demektir.[90]

Silah zoru ile değil de andlaşma ve benzeri yollarla İslam Devletinin eline geçen mal demek olan ve kısmen kamu kısmen devlet mülkiyetini temsil eden bu düzenlemeyi Haşr süresi 6-10'ncu ayetlerinde görüyoruz:

---

86 *Sahihi Buhâri Muhtasarı Tecridi sarih Tercemesi*, VII, 75.

87 *Tecrid Tercemesi*, VII, 147.

88 *Tecrid Tercemesi*, VII, 147.

89 *Tecrid Tercemesi*, VIII, 55.

90 Kâsânî, *Bedâyi'*, VII, 106.

"Allah'ın Rasülüne onlardan tahvil buyurduğu "fey"e gelince, siz ona ne at debrettiniz ne rikab. Lâkin Allah Rasullerini dilediği kimselere musallat kılar ve Allah her şeye kadirdir. Allah'ın rasulüne "kura" (karyeler, kentler) ahalisinden tahvil buyurduğu fey'i de Allah için ve Rasulü için ve karabet sahibi ve yetimler ve miskinler ve yolda kalmış kimseler içindir ki sadece içinizden zenginler arasında dolaşır bir devlet olmaya. Bir de Peygamber size her ne emir verirse tutun. Nehyettiğinden de sakının ve Allah'tan korkun; çünkü Allah şedid'ul-'ikab'dır. O fukara muhacirler için ki yurtlarından ve mallarından çıkartıldılar. Allah'tan bir fadl ve rıdvan ararlar ve Allah'a ve Rasülüne hizmet ederler. Ta onlardır işte sadık olanlar. Ve şunlar ki onlardan önce yurdu hazırlayıp imana sahip oldular, kendilerine hicret edenlere muhabbet beslediler ve onlara verilenden nefislerinde bir kaygu duymazlar. Kendilerinde ihtiyaç bile olsa "isar" ile nefislerine tercih ederler. Her kim de nefsinin hırsından korunursa işte onlardır o felah bulanlar. Ve şunlar ki arkalarından gelmiştir. Şöyle derler: Ya Rabbena, bizlere ve önden iman ile bizi geçmiş olan kardeşlerimize mağfiret buyur ve gönüllerimizde iman etmiş olanlara karşı kin tutturma, ya Rabbena şüphe yok ki sen Raufsun, Rahimsin."

Dikkat edilirse görülür ki Kur'an-ı Kerim "fey" adı altında toplanan gelirlerin tamamı ile ganimet gelirlerinin beşte birini, netice olarak "yetim", "yoksul" ve "yolda kalmış" a harcanacak mal sayarak bunları "kamu" karakterli mal yani kamu mülkü haline getirmiştir.

Bu durum tesbitinden şu sonuçlar varabiliriz:

1- İslamiyet, doğuşu sırasında "özel mülkiyet" ile karşılaşmış ve onu kaldırmamıştır. Sadece,

2- Mülkiyeti elde etme yollarını ıslah etmek suretiyle bu müesseseyi benimsediğini göstermiştir.

3- Özel mülkiyetin yanında birde kamu mülkiyetini müeseseleştirmiştir.

İslami kaynaklarda "mülkiyetin" hukuki durumu, sadece böyle bazı uygulamalarla izahtan ibaret değildir. Bu uygulamaları, baştan söylediğimiz gibi İslamın zuhurundan önceki durumun tesbiti için zikretmiş olduk. Başta Kur'an-ı Kerim olmak üzere İslam Hukukunun kaynaklarına başvurulduğunda, görülür ki, İslam Hukukunda mülkiyet, "isim" ve "müessese" olarak vardır.

B) Kur'an-ı Kerim'de Mülkiyet

1- Kur'an-ı Kerim'de "lafzı" ve "fenni" manada mülkiyet.

Kur'an-ı Kerim'de konumuzla ilgili olarak insana nisbet edilen iki kelime vardır: Milk ve Kesb.

Birinci kelime Yasin Sûresi'nin 71. ayeti ile Nûr Sûresi'nin 61. ayetinde geçmektedir. Yasin ayetinin meali şöyledir:

"Şunu da mı görmüyorlar? Biz onlar için (kendi kudret) ellerimizin yaptıklarından bir takım "yumuşak hayvanlar" (en'am) yaratmışız da onlar o hayvanlara malik bulunuyorlar."

Nûr ayetinin meali, iniş sebebi açıklandığında daha iyi anlaşılacağı için önce iniş sebebini bildirelim:

Bakara Sûresi'nin 188. ve Nisa Sûresi'nin 29. ayetleri *"mallarınızı aranızda batıl sebeplerle yemeyiniz... Karşılıklı rızaya dayanan ticaret müstesna..."* ayetleri inince, kör, topal, hasta, özürlü, fakir... olan müslümanlar, "sağlam kimseler tiksinirler", "hoşlanmazlar" ve "rızaları olmaz" düşüncesiyle, beraber yemek yemekten sakınır veya bir kimse bunları, kendi evinden başka akraba ve dostlarından birinin evine yemeğe götürecek olsa belki hoşlanmazlar diye çekinir olmuşlardı. Bir de savaşa gidenler böyle malul ve güçsüz kimseleri, evlerinde bırakırlar ve anahtarlarını teslim edip evdeki yiyeceklerden yemelerine izin verir giderlerdi. Fakat sahipleri evlerinde bulunmadığı için izinleri belkide "gönül hoşnudluğu ile" (rıza) olmadı diye korkarlar, lüzumundan çok sakınır, titizlik gösterirlerdi. Ayrıca bazı kimseler, kendi evlerinden başkasında yemek yemekten sakınır, behemehal misafirlerle beraber yemek ister, hatta bir misafiri gelmezse bütün gün bekleyen kimseler olurdu. İşte bu sebeple inen Nur ayetinin meali şöyledir:

"Amaya harec (güçlük) yok, topala harec yok, marazlıya harec yok, kendilerinize de kendi evlerinizden veya babalarınızın evlerinden veya analarınızın evlerinden veya biraderlerinizin evlerinden veya hemşirelerinizin evlerinden veya amcalarınızın evlerinden veya halalarınızın evlerinden veya dayılarınızın evlerinden veya teyzelerinizin evlerinden veya anahtarlarına malik olduğunuz evlerden harec yok.

Gerek toplu gerek dağınık yemenizde de beis yoktur. Binaenaleyh evlere girdiğiniz vakit Allah tarafından mübarek ve hoş bir sağlık olmak üzere kendilerinize selam veriniz."

Görüldüğü gibi Yasin ayetinde insanlar hakkında doğrudan doğruya "malik" sıfatı kullanılmakta, Nur ayetinde de "anahtarlarına malik" olduğunuz (melektum mefatihahu) buyurulmak suretiyle insana malik olma fiili isnad edilmektedir: İnsan maliktir.

Kur'an-ı Kerim'de malik olma fiilinin insana isnad edilmesi, bunlardan ibaret değildir. Milk-i yemin manasında olmak üzere pek çok ayette bu fiil insana isnad edilir.[91]

Demek ki Kur'an-ı Kerim'de mülkiyet insana sadece mana ve müessese olarak değil lafız olarak da isnad edilmiştir. Mülkiyetin insana mana olarak isnadı ise yukarıda mealini verdiğimiz Nur ayetinde: "kendi evleriniz", "babalarınızın evleri", "analarınızın evleri"... ifadelerinde gördüğümüz gibi pek çoktur.

"Kesb" kelimesi ise, Bakara Sûresi, 267; Nisa Sûresi, 32 ve Mesed Sûresi, 2. ayetlerinde mevcuttur. Bakara ayetinin meali:

"*Ey iman edenler, gerek kazandıklarınızın (kesb) ve gerek sizin için yerden çıkardıklarımızın temiz ve hoş olanlarından infak ediniz.*"

Nisa ayetinin meali:

"Bir de Allah'ın bazınıza diğerinden fazla verdiği şeyleri temenni etmeyiniz. Erkeklerde çalışmalarından (kesb, iktisab) bir nasib vardır; kadınlara da çalışmalarından (kesb, iktisab) bir nasib vardır, (çalışın da) Allah'ın fazlını isteyin."

Mesed ayetinin meali de şöyledir :

"Ne malı fayda verdi ona ne kazancı (Kesbi)".

Görüldüğü gibi bu ayeti kerimelerde "kazançlar" yani çalışıp çabalamak suretiyle elde edilen şeyler, -gerek kadın gerek erkek- sahiplerine isnad edilmektedir. Herkesin kazancı kendisine aittir; Herkes kazancının malikidir.

---

91 Bkz. Kur'an-ı Kerim IV, 3, 24, 25, 36; XVI, 71; XXIII, 6: XXIV, 31, 33, 58; XXX, 28; XXXIII, 50, 52, 55; LXX, 30.

Gerek Allah'ın insanlar için yaratmış olduğu birtakım hayvanlara insanların "malik" olduklarını bildiren Yasin 71. ayeti, gerek erkeklerin de çalışmalarına göre bir pay (nasip) a, kadınların da çalışmalarına göre bir pay'a sahip olduklarına dair Nisa, 32. ayeti lafzi ve fenni manada mülkiyeti ifade etmiş olmaktadır.

2- Kur'an-ı Kerim'de Müessese olarak Özel Mülkiyet ve Kamu Mülkiyeti,

a) Kur'an-ı Kerim'de Müessese Olarak Özel Mülkiyet

1. Bilindiği gibi Kur'an-ı Kerim zekatı bir mali ibadet olarak emretmektedir:

"Namaz kılınız, zekat veriniz".[92]

Zekat, İslam'ın binasını meydana getiren beş temel ibadet (şehadet kelimesi, namaz, zekat, oruç ve Hac) ten biridir. Bu ibadetle mükellef olmanın şartı, bir mala malik olmaktır:

"Bizim kendilerine rızık olarak verdiklerimizden infak ederler".[93]

"Onların mallarında el açma durumuna düşmüş (sail) ve çaresiz kalmış (mahrum) kişiler için belirli bir hak vardır".[94]

"Onların mallarından sadaka al ve böylece onların (mallarını ve vicdanlarını) temizle".[95]

Malik olunan malın tamamının değil bir kısmının "zekat" olarak verileceği veya infak edileceği mes'elesi, açıkça ifade edilmiş oluyor:

"... mallarından al..." buyurulmakta, "mallarını al" değil. "Kendilerine rızık olarak verdiklerimizden... infak ederler." buyurulmakta, "verdiklerimizi

92 Bu emir aynı lafızla olmak üzere Kur'an-ı Kerim'in 11 yerinde tekrar edilmektedir. Bkz. Sûre II, 43; 83, 110; IV, 77; XXIV, 78; XXIV, 56; LVIII, 13; LXXIII, 20. Bir fariza olarak zekât Kur'an-ı Kerim'de 32 yerde zikredilmektedir. Yukarıdaki ayetlere ilaveten bkz. Sûre II, 177, 277; IV, 162; V, 12, 55; VII, 156; IX, 5, 11, 18, 71; XIX, 31, 55; XXI, 73; XXII, 41.

93 Bakara Sûresi, 3; VIII, 3; XXII, 35; XXVIII, 54; XLII, 38.

94 Ma'âric Sûresi, 25; Zariyât Sûresi, 19.

95 Tevbe Sûresi, 103.

değil." "Onların mallarında sailin mahrumun hakkı var." denilmekte, "onların malları sailin ve mahrumun hakkıdır" değil.

Mallardan ödenecek vergilerin miktarı mal sahibinin iradesine bırakılmamıştır. Bir kısmı Kur'an-ı Kerim'de, bir kısmı hadislerde belirtilmiştir.

Kur'an-ı Kerim sadece ganimet gelirlerinden alakonulacak mikdarı açıklamıştır; Beşte bir (humus):

"Biliniz ki ganimet olarak ele geçirdiğiniz malların beşte biri (humus), Allah'ındır".[96]

Diğer malların vergi nisbetlerini hadisi şerifler belirtmiştir. Hadisi şeriflerde bildirildiğine göre "altın ve gümüş"ten (nakd) ve "ticaret mallar"ından ödenecek zekat 1/40 (rub'a'l-uşr) dur: *"Mallarınızın kırkta birini (zekat olarak) veriniz."*;[97] Toprak mahsullerinin zekatı -masraflı ve masrafsız tarıma göre değişen oranlarda olmak üzere- 1/10 veya 1/20 (el-Uşr ev nisfu'l-'Uşr) dir: *"Yağmur sularının suladığı toprak mahsullerinden onda bir; araçla suladığınız ürünlerden yirmide bir ödeyiniz"*;[98] Madenlerin zekatı ise beşte birdir (humus): *"Rikaz (maden)'da beşte bir (zekat) vardır"*.[99]

2- Kur'an-ı Kerim'de "Miras Hukuku" (ahkamu'l-irs), ayetlerle düzenlenmiştir; *"Erkekler için de ana-baba ve akrabanın terkettiğinden (terike) bir nasip (pay) vardır, kadınlar için de ana-baba ve akrabanın terkettiğinden bir nasip vardır. (Terikenin) azından da çoğundan da (bu pay vardır). (Bu paylar öyle ihtiyari paylar değil) farz kılınmış (mefruz) paylardır."*[100]

Görüldüğü gibi ayeti kerimede gerek erkek gerek kadın, ölen kimsenin, geriye bıraktığı "miras" tan söz edilmekte, "terike" denilen bu miras az da olsa çok da olsa, onda gerek erkek, gerek kadın, akrabaya (ana-baba, eş ve çocuklar) yakınlık derecelerine göre belirli birer payları olacağı bildirilmektedir.

---

96 Enfal Sûresi, 41.

97 *Ebû Davud,* Zekat, 5; *İbn Mâce,* Zekat, 4.

98 *Buhâri,* Zekat, 55; *Müslim,* Zekat, 8; *Ebû Dâvud,* Zekat, 5, 12; *Tirmizî,* Zekat, 14; *Nesai,* Zekat, 25; *İbn Mace,* Zekat, 17; *Darimi,* Zekat, 29; *Muvatta',* Zekat, 33; *Ahmed b. Hanbel,* I, 145...

99 *Buharî,* Musakat, 3; Zekat, 66; *Müslim,* Hudud 45; *Ebu Davud,* İmare, 40; *Tîrmizi,* Ahkâm, 37; *İbn Mâce,* Lukata, 4; *Muvatta',* Zekat, 9, Ukul, 12; *Ahmed b. Hanbel,* I, 142.

100 Nisa Sûresi, 7.

Daha sonraki ayetler (IV, 11, 12 ve 172. ayetler) de ise, ölenin çocuklarına, ana - babasına, karı veya kocasına ve diğer yakınlarına ait paylar bir bir açıklanmaktadır.

Bir şeyin, ölen kimsenin terekesi olabilmesi için her şeyden önce o şeyin, ölen kimsenin, sağlığında kendine ait mülkü olması yani onun mülkiyetinde bulunmuş olması gerekir.

3- Yine Kur'an-ı Kerim'de "Ticaret ve Borçlar Hukuku"nu düzenleyen ayetler vardır:

"Allah alım-satımı (bey') helal; faizi (riba) haram kılmıştır".[101]

"Ey iman edenler, Muayyen bir va'de ile borçlandığınız vakit onu yazın, hem aranızda doğrulukla tanınmış bir yazı bilen (kâtibun bi'l-Adl) yazsın, bir yazı bilen de kendisine Allah'ın öğrettiği gibi yazmaktan kaçınmasın da yazsın; bir de hak kendi üzerinde olan (borçlu) adam söyleyip yazdırsın ve her biri Rabbi yüce Allah'tan korksun da haktan bir şey eksiltmesin. Şayet borçlu bir sefih veya küçük veya kendisini söyleyip yazdıramayacak ise velisi dosdoğru söyleyip yazdırsın, erkeklerinizden iki hazırı şahid de tutun. Şayet ikisi de erkek olamıyorsa o zaman doğruluğuna emin olduğunuz şahidlerden bir erkekle iki kadın ki biri unutunca diğeri hatırlatsın, şahitler de çağrıldıklarında kaçınmasınlar, siz yazanlar da az olmuş çok olmuş onu va'desine kadar yazmaktan usanmayın. Bu, Allah yanında adalete daha muvafık olduğu gibi hem şehadet için daha sağlam, hem şüpheye düşmemeniz için daha elverişlidir, meğer ki aranızda hemen devredeceğiniz bir ticaret olsun, o zaman bunu yazmamanızda size bir beis yoktur. Alım-satım yaptığınız vakit de şahit tutun. Bir de ne yazan ne şehadet eden zararlandırılmasın, eğer ederseniz o mutlak kendinize dokunacak bir fısk olur. Hem Allah'tan korkun. Allah size "ilim" öğretiyor ve Allah her şeyi bilir. Ve eğer seferde iseniz ve bir yazıcı da bulamadınızsa o vakit "kabzedilmiş" rehinler. Yok birbirinize emin olmuşsanız kendisine inanılan adam Rabbi olan Allah'tan korksun da üzerindeki emaneti tediye etsin, bir de şehadeti gizlemeyin (ketm), onu kim ketmederse mutlak onun kalbi vebal içindedir ve Allah her ne yaparsanız bilir".[102]

---

101 Bakara Sûresi, 275.
102 Bakara Sûresi, 282, 283.

"Ey iman edenler, mallarınızı aranızda batıl sebep (ve bahaneler) le yemeyiniz, insanların mallarından bir kısmını bile bile günah ile yemek için o mallan hakimlerin önüne sürmeyiniz..."[103]

Ey o bütün iman edenler, mallarınızı aranızda batıl bahanelerle yemeyin, kendiliğinizden "rızalaşarak" akdettiğiniz bir "ticaret" olmak başka, kendinizi öldürmeyin de. Allah size cidden bir rahim bulunuyor."[104]

İşte, insanların bir şeyi alıp satmalarından; alım-satım akdinin tarafların "rıza"larına bağlı olduğundan ve insanlar arasında bir "borç" ilişkisinden, borcun vadesinden; senede bağlanmasından ve bu muamelelere doğruluğuna güvenilen insanların şahit tutulmasından söz edildiğine göre, bu muamelelerde "taraf" olan kimselerin bu muamelelerin konularına (mal, semen, deyn) malik oldukları açıktır.

4- Faizi yasaklayan ayette "eğer faizden tevbe ederseniz, anaparanız sizindir." (Bakara, 279) buyurulmak suretiyle, açıkça, faizle ödünce verilen "anamal" (kapital)dan söz edilmektedir.

Böylece, bünyesinde:

– En açık ve en teferruatlı şekilde mirasa,

– Ticarete,

– Borçlanmaya ve

– Mali mükellefiyete (zekat, infak, sadaka), yer veren sistemin özel mülkiyeti benimsediği açıktır.

b) Kur'an-ı Kerim'de Kamu Mülkiyeti

Özel mülkiyetle ilgili düzenlemelerde de hemen kendisini duyurduğu gibi Kur'an-ı Kerim'de "özel mülkiyet"in hemen yanında "kamu mülkiyeti" yer almıştır. Nitekim ganimetin taksimi ile ilgili ayeti kerim'ede (enfal, 41), ganimet mallarının beşte birinin (humus) "Allah'a ait" olduğunu görmüştük.

Hak ve hukukun taksimi ile ilgili bölümde gördüğümüz gibi, bir hakkın Allah'a aidiyetini ifade etmek, o hakkın "kamu" karakterini açıklamaktır.

103 Bakara Sûresi, 188.
104 Nisâ Sûresi, 29.

Allah, bizim muhtaç olduğumuz "mal"dan mülkten müstağnidir. Mal mülk bizim için yararlanma (intifa) ve ihtiyaçlarımızı tatmin konusudur. Allah ise, "ihtiyaç" ve "yararlanma" gibi sıfatlardan yüce (münezzeh, müteal) dir. "Yarar", "zarar" ve "ihtiyaç" bütün bunlar yaratıklara ait şeylerdir. Allah, Gani ani'l-Alemindir. Yani her şey ona muhtaçtır ama o hiçbir kimseye muhtaç değildir.[105]

Bunun böyle olduğunda şüphe bulunmadığı halde ganimetin beşte biri (humus) Allah'a izafe edilmektedir: "Elde ettiğiniz ganimetlerin beşte biri Allah'ındır." (Enfal, 41) buyurulmuştur.

Bu ayette, ganimetin bu şekilde "beşte biri" "Allah'ındır" diye buyurulmak suretiyle bazı malların Allah'a izafe edilmesi, çeşitli açılardan açıklanabilir.[106]

1- Malın bu bölümünün "harcama" (sarf) yerleri yine ayette açıklandığı gibi sonuç olarak "yetimler", "yoksullar" ve "yolda kalmışlar" dır. Bu kişiler ise, bir "ibadet" olan zekatın da mustahaklarıdır. (bkz. Tevbe, 60) O halde bu malların "Allah"a izafe edilişi, bunların sarf yerlerinin özelliği ile açıklanabilir. Nitekim, "*Şüphesiz mescitler Allah'ındır*"[107] ve "*İbrahim'e ve İsmail'e şöyle ahid verdik: Beytimi (kabe) hem tavaf edenler için, hem ibadete kapananlar için, hem rüku ve sücuda varanlar için, tertemiz bulundurunuz.*"[108] ayetlerinde gördüğümüz gibi mescitlerin ve Kabe'nin "Allah"a izafe edilmesi, bu manada bir izafettir.

Bilindiği gibi Kabe'nin bir adı "Allah'ın evi" manasında olmak üzere "Beytullah"tır. Bunun, başta Kabe olmak üzere ibadethanelerin cami ve mescidlerin sırf Allah'a ibadet edilen yerler anlamı ile ilgileri açıktır. Nitekim Cinn ayetinin devamında "... *(Allah'a ait olan o mescidlerde) Allah'tan başkasına dua ve ibadette bulunmayanız. (Allah'tan başkasına el açmayınız)*" buyurulmaktadır (Cinn 18).

Başta Kabe olmak üzere cami ve mescidlerde yapılan ibadetler Allahla ait olduğu için, bu ibadetlerin yapıldığı bu yerlere "Allah'ın" (lillah) dendiği gibi,

---

105 Bkz. Bakara Sûresi, 263, 267; III, 97; VI, 133; XIV, 8; XXII, 64; XXIX, 6; XXXI, 6; XXXI, 26; XXXV, 15; XLVII, 38; LXIV, 6...

106 Bkz. Kâsâni, *Bedâyi'*, VII, 124.

107 Cinn Sûresi, 18.

108 Bakara Sûresi, 125. Benzer ifade için bkz. Hacc, 26.

Allah'a ait olan ibadeterin sarf yeri olan kişilere ödenmek üzere ayrılması emredilen beşte bir (humus) e de bu anlamda "Allah'ındır" denmiştir.[109]

2- Bu izafet, ganimet içinden alıkonulacak beşte birin önemini belirtmek için olabilir. Nitekim Kur'an-ı Kerim'de bu manada izafetler mevcuttur. Kabe hakkında "beytim" (Beyti); Salih Peygamber'in devesi hakkında "nakatullah"[110] denmesi gibi.[111] Gerçekten Kur'an-ı Kerim ganimetten beşte birini gazilere dağıtımdan yani özel mülkiyetten istisna ederek ihtiyaç sahiplerine dağıtımı işini Hz. Peygambere ve ondan sonra da Devlet Başkanlarına (otorite) emanet ederek bir kamu mülkiyeti kurmuş bulunuyor. Bunun "ekonomi- politik" teki önemi ile değeri, bugün daha iyi takdir edilebilir.

3- Nihayet bu izafet ganimetin bu bölümünün, kişilerin tasarrufundan çıkıp sırf Allah'ın emrine yani onun emrettiği yerlere sarf edileceğini anlatır. Nitekim, dünyadaki ömürleri boyunca kişilere tanınan mülkiyet hakkının da meşru veya fiili saltanatların da fiilen sona erdiği "kıyamet" günü Allah'ın: "Bugün mülk kimindir?" sorusuna karşılık olmak üzere açıkladığı "Bir ve Kahhar Allah'ındır." (Gafir XL, 16) ayetlerinde görülen tahsis, bu manada yani bu malların kişilerin tasarruf ve mülkiyet alanlarının dışına çıkarılması anlamında bir tahsistir. Ganimetlerden alıkonularak kişilerin özel mülkiyet ve tasarrufu dışına çıkarılan bu mallar, "Allah'ındır" demek olur.[112] Dağıtım dışı tutularak "kamu" ya mal edilen bu mallar, Allah'ın emrettiği şekilde hak sahiplerine devlet (otorite) eliyle dağıtılacaktır.

Büyük İslam Hukukçusu (Fakih) Alauddin el-Kasani'ye (587 h.) ait Bedayi adlı çok değerli eserin 7. cild 124'ncü safyasından aktardığımız bu açıklama göstermektedir ki, ganimet mallarının beşte birinin "Allah'ın) olmak üzere alıkonulması, kısaca, ganimetin bu kısmının kişisel tasarruf alanı olan "özel mülkiyet" dışına çıkarılması; malın bu kesiminin kamulaştırılmasıdır. "Humus"un Allah'a izafe edilmesi, bunu açıkladığı gibi bu izafet ayrıca, Allah'ın rızasına uygun sarf yerleri olan "muhtaçlara" sarf edilmesi emredilen malların büyük bir önemi haiz olduğunu da açıklamış olmaktadır.

109 Kâsânî, *Bedayi'*, VII, 124.
110 Şems Sûresi, 13.
111 Kâsâni, VII, 124.
112 Kâsâni, *Bedâyi'*, VII, 124.

Tabii bu arada kaydetmeliyiz ki, beşte birinin özel mülkiyet alanı dışında tutulması ne kadar kesin bir Kur'an hükmü ise, kalan beşte dördün özel mülkiyete konu edilebileceği de hatta netice itibariyle beşte birin bile fakirlere dağıtılmak suretiyle özel mülkiyete konu olacağı da o kadar kesin bir hükümdür.[113]

Kur'an-ı Kerim'de kamu mülkiyetine, ganimetin beşte birinden başka, bir de "Fey" ayetleri ile açık bir şekilde yer verilmiştir:

"Allah'ın Rasülü'ne onlardan tahvil buyurduğu fey'e gelince, siz ona ne at debrettiniz ne rikab ve lâkin Allah Rasülleri'ni dilediği kimselere musallat kılar ve Allah her şeye kadirdir. Allah'ın, Rasülü'ne "kura" (karyeler, ülkeler) ahalisinden tahvil buyurduğu "fey"i Allah için ve Rasülü için ve karabet sahibi ve yetimler ve miskinler ve yolda kalmışlar içindir. Ki sadece içinizden zenginler arasında dolaşır bir devlet olmaya...".[114]

Bu ayeti kerimelerde "fey" anlatılmakta ve bizzat ayette tarif edilmektedir:

"... siz ona ne at debrettiniz ne rikab..." yani savaşsız olarak devletin eline geçen mallar demektir.

Bu ayeti kerime'lerde özel mülkiyetin yanında kamu mülkiyetine sadece yer verilmekle kalmıyor, bunun sebebi de açıklanıyor:

"... ki servet sadece içinizden zenginler arasında dolaşır bir devlet olmaya..."

Özel mülkiyet ilkesine dayanan ve sisteminde kamu mülkiyetine kural olarak yer vermeyen "kapitalist uygulama", Kur'an-ı Kerim'in çok önceden işaret ettiği bu ekonomik gerçeğin tecrübe sonucu ispatından başka bir şey değildir. Gerçekten kapitalist uygulama göstermiştir ki, sırf özel mülkiyete dayanan sistemlerde servet, belirli kişilerin elinde toplanmakta, büyük bir çoğunluk ise hatta yaşama ölçüsünde bile servetten mahrum kalmaktadır.

Tek yönlü sistemlerden gerek kapitalist gerek kollektivist sistem, bugün devam eden varlıklarını, ilkelerinden yaptıkları fedakarlıklara borçludurlar. Gerçekten kapitalist ekonominin özel mülkiyet anlayışı gittikçe sınırlanmış

113 Krş. Kurtubî, Tefsir, VIII, 13-14.
114 Haşr Sûresi, 7.

ve kamu mülkiyeti uygulama alanını genişletmiştir. Artık özel mülkiyet hakkı, geçen yüzyıldaki gibi mutlak nitelikli bir hak değildir. "Sermaye mallarına sahip olma, haklar sağladığı gibi vazifeler de yükler."[115] Bu düşünceden hareketle kapitalist ekonomilerde geniş çaplı millileştirme hareketlerinin uygulanmasına geçilmiştir.

Buna karşılık Sovyetler'de de mülkiyet konusunda büyük yumuşamalar göze çarpmaktadır. Sovyet vatandaşının ufak topraklara sahip olması, kendileri inşa etmek suretiyle ev sahibi olmalarının kabulü en belirli örneklerdir. Bu konuda Yugoslavya'da daha ileri uygulamalara rastlanmaktadır.[116]

3- Kur'an-ı Kerim'de toprak mülkiyeti

Kur'an-ı Kerim'e göre meşru'iyyetini gördüğümüz mülkiyetin her iki şekline, üretim araçları dahil, bütün servetler konu olur. Her mal gibi, üretim araçları da hem özel mülkiyetin hem kamu mülkiyetinin konusudur. Kur'an-ı Kerim ayetleri ile anlatılan aşağıdaki irşad edici temsil, İslam'ın ana kaynağının, diğer mallar gibi toprağı da özel mülkiyet konularından saydığını, en azından özel mülkiyet alanı dışında saymadığını açıklamaktadır.

"Ve onlara iki adamı temsil getir: Birine, her türlü üzümden iki bağ vermişiz ve ikisinin de etrafını hurmalarla donatmışız; ikisinin arasına da bir ekinlik yapmışız. İki bağın ikisi de yemişlerini vermiş, hiç bir şey noksan bırakmamış. İkisinin ortasından bir de nehir akıtmışız. Başkaca da bir geliri var. Bundan dolayı bu adam arkadaşına muhavere ederek: Ben senden malca daha servetli, cem'iyyetçe daha izzetliyim dedi. Ve bağına girdi, kendine yazık ediyordu, dedi: Ebeda zannetmem ki bu helak olsun ve zannetmem ki kıyamet kopsun, bununla beraber şayet Rabbıma reddedilirsem her halde bundan daha hayırlı bir akıbet bulurum. Arkadaşı da ona muhavere ederek dedi ki: Sen O Rabbına küfür mü ediyorsun ki seni bir topraktan sonra bir nutfeden yarattı. Sonra da seni bir adam seviyesine getirdi. Lâkin benim O Allah, Rabbim ve ben Rabbime kimseyi şerik koşamam. Bağına girdiğin vakit Mâşâ Allah la kuvvete illa billah (yani Allah diledi bu bağ bu hale geldi. Bu bağ Allah'ın dilediği kadar böyle devam edebilir. Allah dilemezse bu bağın benim gayretimle ayakta durması mümkün değildir) dese idin (nimeti Allah'tan bilseydin)

---

115 Ülken, Yüksel, *20. Yüzyılda Dünya Ekonomisi,* İ. Ü. İktisat Fak. Yayını. İstanbul 1974, s. 256.

116 Bkz. Ülken, Yüksel, *20. Yüzyılda Dünya Ekonomisi*, İ. Ü. İktisat Fakültesi yayını, İstanbul 1974, s. 256.

olmaz mı idi? Eğer malca evladca beni kendinden az görüyorsan ne bilirsin belki Rabbım bana senin bağından daha hayırlısını verir, seninkinin üzerine de semadan bir afet indiriverir de yalçın bir toprak olakalır. Yahut suyu çekiliverir de bir daha onu aramakla bulamazsın. Derken bütün serveti istila ediliverdi. Bunun üzerine ona yaptığı masraflara karşı avuçlarını oğuşturdu kaldı, o çardakları üstüne çökmüş kalmıştı, ah diyordu, nolaydım Rabbıma hiçbir şerik koşmamış olaydım. Allah'tan başka yardım edecek bir cemaati de olmadı, kendi kendini de kurtaramadı. İşte burada velayet el-hakk, Allah'ındır, o sevabca da hayır, ukbaca da hayırdır" (Kehf Sûresi, 32-44).

Bu ayeti kerimelerde geçen "birine her türlü üzümden iki bağ vermişiz.", "ikisinin de etrafını hurmalarla donatmışız.", "İkisinin arasınada bir ekinlik yapmışız.", "Başkaca da bir gelir var.", "Bağına girdi.", "Bağına girdiğin vakit" "Ne bilirsin belki Rabbim bana senin bağından daha hayırlısını verir.", "Ona yaptığı masraflara karşı." ifadelerinin hiç bir şüpheye mahal bırakmayacak şekilde Kur'an-ı Kerim'in, "ortasında akar suların geçtiği; etrafı ağaçlarla çevrili; iki yakalı ! ortada bir kısmı ekin tarlası ile her çeşitinden üzümlerin bağ halinde yetiştirildiği zengin ve geniş" bir toprak mülkiyetini, her nimet gibi, kullara Allah vergisi nimetlerden olarak telkin ettiği açıktır.

c) Mülkiyet Kimindir?

Kur'an-ı Kerim'de mülkiyet bahsini tamamlamadan önce, bir hususu daha aydınlatmamız gerekiyor: Mülkiyet kimindir?

Bilindiği gibi Kur'an-ı Kerim'de mal-mülk, bazı ayetlerde Allah'a bazı ayetlerde topluma, bazı ayetlerde ise kişilere ait olarak bildirilmektedir.

1- Malın, mülkün Allah'a ait olduğunu bildiren ayetler:

a) En'am Sûresi, 12. ayet: *"De ki göklerde ve yerde olan şeyler kimindir? De ki: Allah'ın."*

b) A'raf Sûresi, 128. ayet: *"Musa kavmine dedi ki; Allah'tan yardım dileyiniz ve dayanınız (sabr ediniz). Şüphesiz arz Allah'ındır. Kullarından dilediğini ona vâris kılar."*

2- Malın mülkün topluma ait olduğunu bildiren ayetler:

a) Enbiya Sûresi, 105. ayet: *"Andolsun ki Zebur'da da zikirden sonra yazmıştık ki her halde "arz"a benim salih kullarım vâris olacaktır."*

b) "A'raf Suresi, 100. ayet: *"Eski sahiplerinden sonra bu arza vâris olan kimseleri hala irşad etmedi mi, şu hakikat ki, eğer dilemiş olsak onların da günahlarını başlarına çarpardık."*

c) "Ahzab Sûresi, 27. ayet: *"Ve arazilerini yurtlarını ve mallarını size miras kıldı. Bir de bir arzı ki daha ona ayak basmadınız."*

d) "Araf Sûresi, 137. ayet: *"Ve o hırpalanıp ezilmekte bulunan kavmi "ma'hud" arzın bereketlerle donattığımız meşrıklarına ve mağriblerine (Doğusuna - Batısına) bir baştan bir başa vâris kıldık."*

3- Mülkiyetin kişilere ait olduğunu bildiren ayetler:

a) En'am Sûresi, VI. 152 ayet: *"Yetimin malına yaklaşmayın. Ancak rüşdüne erinceye kadar en güzel şekilde (ilgilenmek) başka."*

b) Kalem Sûresi, 10-14 ayetler: *"Ve tanıma şunların hiç birini: Çok yemin edici; değersiz; gammaz koğuculukla gezer; hayır engeli; saldırgan (mütecaviz); vabal yüklü; zobu. Sonra da takma (zenim) ... mal sahibi olmuş ve oğulları var.. diye."*

c) Kehf Sûresi, 32-43 ayetler: Bu ayeti kerimelerde mealleri s. 138-139'da geçti.

d) Meryem Sûresi, 77. ayet: *"Şimdi şu ayetlerimizi inkar edip de bana muhakkak mal ve evlat verilecek' diyen herifi gördün a..."*

e) Müddessir Sûresi, 12 ve 13. ayetler: *"Bırak bana o herifi ki yarattım da hem tek, hem uzun boylu mal verdim ona."*

f) Hümeze Sûresi, (CIV), 1-3 ayetleri: *"Veyl bütün hümeze lümeze güruhuna. O'na ki bir mal toplamış ve onu saymaktadır. Malı kendisini ölümsüz (muhalled) kılmış sanır.."*

g) Bakara Sûresi, 264. ayet: *"Malını insanlara gösteriş için harcayan kimse gibi (siz de) sadakalarınızı başa kakmak veya incitici sözler sarfetmek suretiyle boşa gidermeyiniz!"*

h) Nuh Sûresi, (LXXI), 21. ayet: *Yarabbi onlar bana karşı geldiler de malı ve çocuğu kendisine ziyandan başka bir şey kazandırmayan kimsenin peşine takıldılar."*

i) Leyl Sûresi, 1-21. ayetler: *And olsun ki sizin sa'yiniz dağınıktır. Amma her kim vergi verir, korunur ve husnayı tasdik eylerse, biz onu yusraya muvaffak kılacağız. Ve amma her kim pahıllık eder ve istiğna gösterir ve husnayı tekzip eylerse onu da 'usraya kolaylayacağız. Ve tepetaklak yuvarlandığı zaman onu malı kurtarmayacak. Her halde doğruyu göstermek bize. Ve herhalde sonu da bizim, önü de (Ahiret de dünya da). Ben size bir ateş haber verdim ki köpürdükçe köpürür. Ona ancak en şâki olan yaslanır. O ki tekzip etmiş ve tersine gitmiştir. O en muttaki olan ise ondan uzaklaştıkça uzaklaşatırılacaktır. O ki malını verir; tezekki eder; temizlenir ve onda hiç kimsenin mükafat edilecek bir nimeti yoktur. Ancak yüce Rabbinin rızasını aramak için verir. Ve elbette o rızaya erecektir."*

j) Mesed Sûresi, (CXI), 2. ayet: *"Ne malı yarar sağladı ona, ne kazancı..."*

k) Hakka Sûresi, 28. ayet: *Malım, benden yana hiç bir şeye yaramadı."*

Görüldüğü gibi birinci grupta misallerini gördüğümüz ayetler, göklerde ve yerde ne varsa onların hepsinin Allah'a ait olduğunu bildirmekte; ikinci gurupta misallerini verdiğimiz ayetler, malların topluma ait olduğunu ifade etmekte; üçüncü guruptaki ayetlerde ise "mal sahibi kişilerden ve kişilere mal verildiğinden" söz edilmektedir.

Kur'an-ı Kerim'in üslubuna ve İslam'ın temel ilkelerine yabancı olanlar, bunu anlayamamakta; malın ve mülkün Allah'a mı, topluma mı yoksa kula mı ait olduğu mes'elesinin Kur'an-ı Kerim'e göre "kapalı" olduğu, en azından "açık" olmadığı kanaatine varmaktadırlar.[117] Halbuki konuya İslam'ın Allah ve kainatla ilgili temel ilkeleri açısından bakıldığında, ortada "kapalı" olan veya "açık" olmayan bir hususun bulunmadığı kolayca anlaşılabilir.

Bilindiği gibi İslam düşüncesinde:

117 Krş. Güriz, Adnan, age. s. 53 - 54; Cin, Halil, *Mirî Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü,* Ankara 1961, s. 5-6.

a) Allah yaratan (halik), kainat yaratık (mahluk) tır:

"İşte size bu sıfatları ile işaret olunan yüce zattır, Rabbiniz Allah, başka tanrı yok ancak O, her şeyin Halik'ı O. O halde O'na kulluk ediniz..." (En'am (VI), 102).

b) Her şeyi yaratan Allah, göklerde ve yerde ne varsa onların hepsini "insanlar" için yaratmıştır:

"O, O yaratıcıdır ki yerde ne varsa hepsini sizin için yarattı." (Bakara Sûresi, 29. ayet); *"Görmedin mi? Yüce Allah sizin için göklerdeki ve yerdekini musahhar kılmış, üzerinize zahiren ve batınan nimetlerini yağdırmakta..."* (Lokman Sûresi 20. ayet).

c) Bütün her şeyi yaratan Allah, insanı, hayat için gerekli her şeyle donatılmış bu dünyaya, diğer yaratıklardan farklı olarak "imtihan" için gördermiştir; insan için bütün bir dünya hayatı imtihandır:

"O, O'dur ki sizi Arz'ın halifeleri yaptı ve bazınızı bazınızın derecelerle üstüne çıkardı, bunun hikmeti ise sizi size verdiği şeylerde imtihan etmektir." (En'am Sûresi, 165. ayet).

"Her can ölümü tadacak ve Sizi bir "imtihan" olarak şer ve hayır ile mübtela kılacağız, hepiniz de nihayet bize irca olunacaksınız." (Enbiya Sûresi, 35. ayet).

"Biz yeryüzündeki şeyleri ona zinet yaptık ki insanları sınayalım, hangisi daha güzel bir amel yapacak?" (Kehf Sûresi, 7. ayet).

"Amma insan, her ne zaman Rabbı onu "imtihan" edip de ona ikram eyler, ona nimet verirse, o vakit Rabbim bana ikram etti, der. Amma her ne zaman da imtihan edip rızkını daraltırsa, o vakit de Rabbim bana ihanet etti, der." (Fecr, 15-16).

"*Elbetteki mallarınızdan ve canlarınızdan imtihan olunacaksınız.*" (Âl-i İmran, (III), 186).

"*Sizi mutlaka şu şeylerden biri ile imtihan edeceğiz: Korku; açlık; malda, canda ve üründe eksiklik...*" (Bakara Sûresi, ayet 155).

İslam'ın ilkelerinden sadece bu üç ilkenin ışığında incelemek bile konuyu aydınlatmaya yeter.

Her şeyi yaratan Allah, aynı zamanda her şeyin sahibi ve malikidir.

Her şeyin sahibi ve maliki Allah, göktekileri ve yerdekileri insanların istifadesi için yarattığını bildirmiştir.

İnsan, imtihan için geldiği bu dünyada, sahibinin izni ile dünya nimetlerine sahip ve malik olabilecektir.

Bu hususları şu üç ayeti kerime açık bir şekilde ifade eder:

"*De ki: Ey mülkün maliki Allah'ım, Mülkü istediğine verir; istediğinden de geri alırsın...*" (Âl-i imrân, 26).

"*Ve onlara Allah'ın size verdiği "malından" veriniz...*" (Nur, 33).

"*İman edin Allah'a ve Rasulü'ne de sizi "istihlaf" buyurduğu şeylerden infak eyleyin ki iman edip infak eyleyenleriniz için azim bir ecir vardır.*" (Hadid, 7).

Görüldüğü gibi, her şeyi yaratan Allah aynı zamanda tek sahibi bulunduğu kainattaki varlıklardan göklerde ve yerdeki şeyleri, yani insanın dünya hayatını kuşatan çevredeki nimetleri, insanların istifadesine tahsis etmiş; bu tahsisin "istihlaf" mahiyetinde bir tahsis olduğuna işaret buyurmuştur. İnsan, esasen muhtaç olduğu bu nimetleri, sahibinin koyduğu kurallar çerçevesinde istediği kadar edinebilir. Bizim mülkiyet dediğimiz şeyin ise bu edinmeden doğan ilişkiden ibaret olduğu açıktır. Her şeyin maliki olan Allah, kendisine ait mallardan bir kısmını belli şartlarla, insanlara vermektedir. Kendisine mal verilen insan, hesabını ahirette vermek üzere dünya hayatı boyunca bu malın "malik"i olur. Kendi rızası olmadıkça normal durumlarda malı kendi mülkiyetinden çıkmaz. İnsan maliki bulunduğu malında, kendisine tanınan sınırlar çerçevesinde tasarruf edebilir: Kullanır, değiştirir, tüketir, saklar, miras bırakır... Böylece ezeli ve ebedi gerçek Malik yanında, insanlar da Allah'ın koyduğu kanun çerçevesinde maliktirler. Ayrıca şunu da belirtelim ki, Allah'a ait mülkiyet yaratma ile ilgili mülkiyet iken, insanlara tanınan mülkiyet, ihtiyaç savma ve yararlanma ile ilgilidir.

Geriye malların "salih kullar" (Enbiya, 105); "Eski sahipler" (A'raf, 100); "Arza varis olan kimseler" (Araf, 137); gibi toplum manası ifade eden tabirler ile "sizin" (Bakara, 188; 186...) "onların" (Bakara, 261...) gibi çoğul zamirlerine nisbet edilmesinin izahı kalıyor. Mesela "Allah'ın hayat sebebiniz olarak yarattığı mallarınızı beyinsizlere teslim etmeyiniz." (Nisa, 5) ayetinde olduğu

gibi. Burada, İslam Hukuk sisteminin, yukarıda tetkik ettiğimiz ilkeler çerçevesinde, "mal" telakkisinin özelliği ile karşılaşıyoruz.

Malın yaratıcı sahibi Allah, sahibi bulunduğu mallardan bir kısmını, meşru sınırlar çerçevesinde istedikleri gibi yararlanmaları için insanlara verir. Ancak, Allah vergisi olan ve insanların hepsine ortak mubah olarak verilen malın, mülkiyeti iktisap sebepleriyle bir kulun mülkiyetine girmesi, o malın, malikinin mutlak tasarrufu altına girmesi anlamını taşımaz. *Nasıl malın kazanılması "meşruiyet" şartı ile sınırlı ise mülkde tasarruf da meşruiyet şartı ile sınırlıdır.*

Din, akıl, can, mal ve neslin korunması, İslam'ın temel amaçlarını meydana getirir.[118]

Bunlardan mesela aklın korunması, yanlış ve batıl inançlardan korunması anlamını taşıdığı kadar, akla zarar verecek uyuşturucu madde ve alkollü içkiler gibi zararlı şeylerden de korunmasını içerdiği gibi, malın korunması ilkesi de, mülkiyetin korunması yanında bizzat malın da korunması ilkesini de içerir. Aynı zamanda gerçekçi olan İslam Hukuk sistemine göre mal, insan için hayat şartıdır. Hayat şartı olan mal, "mal" olarak da korunmalıdır. Bu sebepledir ki, "Allah'ın hayat şartınız olarak yarattığı mallarınızı beyinsizlere teslim etmeyiniz." (Nisa, 5) buyurulmak suretiyle, haddi zatında kendilerine ait olan malların bile, sefih (beyinsiz) olup onları koruyamayacak ve telef edeceklerse, bizzat sahiplerine bile teslim edilmemesini emretmektedir. Bu emir verilirken, haddi zatında kişilere ait olan mal, "mallarınızı" diye buyurulmak suretiyle "topluma" nisbet edilmiştir. Bu nisbet, insanlar için hayat şartı ve esasen temelde bütün insanlara ortak mübah olan mal, özel mülkiyete konu olmuş da olsa, o mal üzerinde başkalarının hakkının devam etmekte olduğunu açıklar.

Mülkiyetin meşruiyyeti ile ilgili bu bahsi tamamlamadan önce bir noktayı daha aydınlatmamız gerekiyor:

Bazı Maliki ve Hanbeli hukukçular, mülkiyetin sadece menfaatler üzerinde söz konusu olacağını, ayn'da söz konusu olmayacağını, yani insanların ancak "intifa" mülkiyeti hakkına sahip olduklarını, rakaba mülkiyetine (çıplak

118 Krş. Gazzâlî, *el-Mustasfa,* s. 105; Şatibi, *el-Muvafakât,* II, 5.

mülkiyet) Allah'tan başkasının sahip olmayacağını savunmaktadır. Bunların izahları şöyledir:

İnsanların işine yarayan, sadece menfaatlerdir. Yoksa o menfaatin kaynağı olan eşya (ayn) nın insana bir faydası yoktur. Mesela arazi, hane, elbise ve paraya sahip olan kimseyi düşünelim, bu kişinin sahip olduğu bu şeylerin aynlarından bir menfaati yoktur. Onun menfaati ancak arazisini ekip biçme, hanesinde oturma, elbisesini giyme ve parası ile kendisine menfaat sağlayacak şeyleri satın alma gibi eşyadan yararlanmaya yönelik faaliyetler ile gerçekleşir. Ekilip biçilmeyen arazi sahibinin karnını doyurmadığı gibi giyilmeyen elbise de adamı soğuktan, sıcaktan korumaz. Hal böyle olunca eşyanın çıplak mülkiyetinin insana ait olmasının bir manası yoktur. Esasen mülkiyet, bir tasarruf yetki ve iktidarıdır. Bu ise eşyanın menfaatlerinden ileriye, zatına ve özüne uzanmaz. Çünkü tasarruf eşyanın kendisi ile ilgili değildir. İlgili olmasının bir anlamı da yoktur. Kaldı ki eşyanın bizzat kendileri (ayn) ile ilişik tasarruf, eşyayı varetme ve yoketme ile ilgilidir. Ki bunlar insanın tasarruf yetki ve iktadarı alanına girmez. İnsanoğlunun tasarrufu, nihayet menfaatler çerçevesinde ve eşyanın elden ele geçmesinden ibarettir. Bunun ise eşyanın mahiyet ve özü ile uzaktan veya yakından bir ilgisi olmamak gerektir.

Özetlemeye çalıştığımız böyle bir felsefi izah[119] ortaya atılmışsa da konu biraz daha yakından incelendiğinde görülür ki bu yaklaşım terminolojik (ıstılahi) bir ihtilaftan ibarettir. Şöyle ki:

1- Her şeyin hakiki maliki Allah Teala'dır. Bunda şüphe yok. Ne var ki Allah bazı şeyleri kullarına temlik etmiştir. Elbetteki bu temlik kula, kulluğuna uygun bir nitelik ve özellikte olacaktır. Yani kulun malik olduğu şey üzerindeki tasarruf yetki ve iktidarı yaradanın yetki ve iktidarına elbetteki benzemeyecek, hatta mukayese bile edilmeyecektir. Zira yaratıcının tasarrufu esasa ilişkindir: Var etme yok etme mertebesindedir. Kulun tasarrufu ise kullanma, gelirlerinden yararlanma, tüketim ve yapma - yıkma; terkip, tahlil (analiz - sentez) ve nihayet elden ele nakil gibi tasarruflardan ibarettir. Nitekim insanın sadece eşya ve menfaatleri hakkında değil kendi fiilleri hakkında bile du-

119 Böyle bir felsefi görüşü Ebû Zehrâ, age. s. 63'te ve Şâtibî, *el-Muvâfakât,* III, 110-113'te nakleder ve münakaşasını yaparlar.

rumu bu manada böyledir. Yani eşyanın kendisi (zat, ayn) ve menfaatleri ne kadar insanın kendisine ait ise kendi fiilleri de ancak o kadar kendisine aittir.

Fiiller, nasıl insanlara izafe ediliyorsa, eşyanın aynı ve menfaati de o şekilde insana izafe edilebilir. Bir farkla ki, insanın yaptığı iş kendi müktesebidir. Ama eşya ve menfaatleri kendi müktesebi değildir. Düşünülürse görülür ki bize kazanç olarak izafe edilen yani kazancımız (kesb) dediğimiz şey haddi zatında yarar ve zarar dediğimiz şeylerin meydana gelmesine yol açan sebeplerden ibarettir. Birşeyin meydana gelmesinde insanın yaptığı iş (fiil) sebepten başka bir şey değildir. İnsan yemek yer ve karnını doyurur. İnsanın yaptığı iş karnının doymasına sebep olacak fiili işlemekten ibarettir. Yoksa karnının doyması kişiye ait bir iş değildir. Ama bu onun yaptığı "yemek yeme" fiili neticesinde olduğu, yani yemek yemesi buna sebep olduğu için, karnını doyurma işi kişiye izafe edilir: Karnını doyurdu deriz.

Bunu bir motoru çalıştırma işi güzel açıklar. Motoru çalıştıran kişinin, motorun çalışması için yaptığı iş bellidir: Ya bir kol çevirmekten veya marşa basmaktan ibarettir. Ama kişi bu işi yapmadan motor çalışmadığı ve bu işi yaptığı zaman motor çalıştığı için -kişinin yaptığı işin motoru çalıştırmak değil, motorun çalışmasına sebep olan bir iş olduğunu bile bile- motoru çalıştırma işini o kişiye izafe eder, "motoru çalıştırdı" deriz.

İşte insan, kendisine ait bu kısım ile yani istediği neticelerin doğmasına sebep olan "sebeplere yapışma" ile mükelleftir ve mükellefiyeti bununla sınırlıdır.

Eşyanın kendisine ve menfaatine malik olma mes'elesi de temelde böyledir. Evet, sadece ayn'ların ve zatların değil, menfaatlerin de hakiki maliki, onları var eden, üreten ve çoğaltan Allah'tır. Ama Allah kullarına bazı şeylerde belli sebeplere bağlı olarak muhtelif ölçülerde tasarruf yetki ve iktidarını bahşetmiştir. Bu yetki ve iktidardır ki adına "mülkiyet" diyoruz. Ve biliyoruz ki bu yetki ve iktidar, sadece menfaatlere inhisar etmemektedir. Ayn'lara şamildir. Zira her eşyadan kullanılmakla yararlanılmaz. Bazı eşya vardır ki ondan ancak tüketilerek (istihlak) yararlanılabilir.

Şayet tenkidi ile meşgul olduğumuz felsefe doğru olsa, kişinin sahip olduğu binayı yıkamaması, yıktığı takdirde enkazından çıkan odunu yakamaması hatta bir ağacı kesememesi, biçememesi, bir dalını bile budayamaması, daha da enteresanı yetiştirdiği veya satın aldığı meyvayı ve yiyecek maddelerini yiyememesi; davarını, sığırını kesememesi... gerekirdi. Zira bu nevi işler eşyanın menfaatlerinde değil aynlarında tasarruftur. Halbuki bunların İslam Hukuk Nizamına göre meşruiyyetinde şüphe yoktur.

Etlerini yemek ve derilerinden yararlanmak için ehli hayvanları boğazlamak; av hayvanlarını öldürerek avlamak; yiyecek, içecek ve giyecekleri yeme, içme ve giyinme yolu ile tüketmek ve benzeri tasarrufların mubah olması; bir zaruret ve hatta bir ihtiyaç olmadığı halde bile sırf daha bol ışık almak için evimizin veya tarlamızın kıyısındaki ağaçları budama veya kesmenin mubah olması, bütün bunlar, eşyanın ayn'larında da tasarrufun caiz olduğunu gösterir.

Bu saydıklarımızın meşru ve mubah olduğuna -tenkidi ile meşgul olduğumuz felsefenin sahipleri de dahil olmak üzere- hiç bir İslam Hukukçusu karşı gelmediğine göre[120] bu felsefe, pratik değeri olmayan lafzi mahiyette bir ihtilafı temsil etmiş olur.

Esasen bu görüşün sahipleri konuya ait bu felsefi yaklaşım yanında, söz konusu menfaat mülkiyetinin, kazanılma sebebine bağlı olarak, ya tam ya sınırlı olduğu üzerinde durmakta ve şu açıklamayı yapmaktadırlar:

Alım - satım akdi ve hibe gibi sebepler, kişiye eşyanın menfaati üzerinde, bir zamanla sınırlı olmayan ve sonunda eski sahibine geri vermeyi gerektirmeyen nitelikte daimi (mutlak) bir tasarruf yetki ve iktidari bahşederken; icare, iare ve menfaatleri vasiyyet gibi diğer bazı sebepler, uzun veya kısa ama mutlaka sınırlı bir zaman için menfaat mülkiyeti hakkını vermekte; müddetin sonunda mutlaka aynın sahibine (menfaatlerin mutlak malikine -felsefelerine göre ifade etmek icabederse asli zilyedine-) iadesini gerektirir.

Bu telakki tarzını şöylece sadeleştirebiliriz:

Mülkiyeti kazandıran sebepler ikiye ayrılır:

120 Şâtibi, *el-Muvafakât,* III, 113.

1- Kayıtsız şartsız (mutlak) menfaat mülkiyetini gerektiren sebepler: Alım - satım ve hibe akdi gibi akidlerle miras gibi.

2- Bir süre ile sınırlı menfaat mülkiyetini gerektiren ve sürenin sonunda menfaatlerin kaynağı aynın -menfaatin mutlak malikine- geri verilmesini içeren sebepler: İcare, iare ve menfaatin vasiyyeti gibi.

Lafzi ihtilaflar bir yana, doğrusu odur ki, mülkiyetin sebepleri mutlak mülkiyet sebeplerindense aynı da ilgilendirir. Şayet sadece menfaat mülkiyeti sebebi ise o zaman sadece menfaatleri ilgilendirir.

Mülkiyet kavramının bütünüyle hukuki, dolayısıyla itibari bir kavram olduğu dikkate alınınca, bu yetki de "Hukuk" tarafından bahşedilince, ağırlığı Maliki Hukukçu Mazeri'ye ait bu felsefeye gerek kalmaz.

III. MÜLKİYET HAKKININ DAYANDIĞI NAZARİYE

A) Genel Olarak

"Hak"lara bu arada "Mülkiyet Hakkı"na bir dayanak arama çalışmaları bilhassa 17. yüzyıldan itibaren kendisini gösterir.

1- İşgal ve Mülkiyet

Çiçeron (M.Ö. 43)'dan beri mülkiyet hakkı "işgal" vakıasına bağlanırken 1690 yılında yayınlanan Medeni hükümet adlı eseri ile bu hakkı "emek" teorisine dayandıran İngiliz düşünürü John Locke'u, 1776 yılında yayınlanan "Ulusların Zenginliği" adlı eseri ile Adam Smith izlemiştir. Bu düşünürlerin amacı, mülkiyet hakkına sağlam bir dayanak bulmak, bu hakkın tabiattan geldiğini belirtmek olarak özetlenebilir.[121]

2- Emek ve Mülkiyet

John Locke, mülkiyet ve emek kavramları arasında ilişkiye ve bağlılığa dikkati çekerek, mülkiyet hakkının meşruluğunu emeğe dayandırmış ve böylece Batı düşüncesinde mülkiyet konusunda bir reform meydana getirmiştir.[122]

Mülkiyetin emek sonucu olduğu görüşüne daha önce de zaman zaman temas edilmiş olmakla beraber, sistemsiz sayılabilecek bu çalışmaların ilerisine geçebilen Locke, Batıda, mülkiyeti emeğe dayandıran teorinin kurucusu sayılabilir.[123]

---

121 Güriz, Adnan, *Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu,* Ankara 1969 s. 135.
122 Güriz, Adnan, age. s. 135.
123 Güriz, Adnan, age. s. 134.

Taşınır mallarda mülkiyetin emeğe dayandığını ve emek sayesinde kazanıldığını bir örnek vererek açıklamaya çalışan Locke'a göre, bir meyva ağacından topladığı meyvalar ile beslenen bir kimsenin bunları kendine ayırdığı veya kendi malı yaptığı kesinlikle söylenebilir. Ancak insanın beslenmekte, hayatını devam ettirmekte yararlandığı bu meyvalar ne zaman kendisinin olmuştur? Ondan yediği zaman mı? Taşıdığı yere götürdüğü zaman mı? Yoksa topladığı zaman mı? Şurası açıktır ki eğer topladığı zaman meyvalar kendisinin olmamışsa, daha sonraki hiçbir işlem onlarda mülkiyet yaratmaz.

Meyvaları toplamak, onları tabiatta bulunan benzerlerinden ayırmak anlamını taşır. Herhangi bir nesneyi tabiatta bulunduğu durumdan ayırmak, ona o zamana kadar kendisinde bulunmayan farklı bir şeyi katmak demektir. Şu halde, tabiatta bulunan bir nesneye, mesela bir elma tanesine katılan emek, o elmayı, emek verenin malı yapmaktadır. İnsanın tabiatta bulunan bir nesneyi kendi malı yapmasının diğer insanların rızasına bağlı olduğu ileri sürülemez. Böyle bir ilke realist değildir ve bütün insanların açlıktan ölmelerini istemekle birdir. Locke böylece, bir insanın tabiatta bulunan ortak mallardan herhangi birine kendi emeğini katmasının mülkiyet hakkını yarattığını ve ortak olan mallardan herhangi birini veya bir kısmını bir insanın kendisinin yapabilmesi için diğer insanların rızalarının gerekmediğini açıklamış olmaktadır.[124]

Locke, taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyetin taşınır mal mülkiyetine oranla daha önemli bir iktisadi fonksiyona sahip bulunduğunu belirtiyor. Bir insanın bir toprak parçasını sürmesi, ekmesi, yani toprağa emek vermesi halinde toprağın o insana ait olacağını kabul etmek gerekir. Emeğini belli bir toprağa katan insan dünyanın o kısmını ortak mal olmaktan çıkarmaktadır. Bu toprak parçası üzerinde diğer insanların da eşit hak sahibi bulunduğu ve mülkiyet hakkının doğumu için diğer insanların rızasının gerektiği söylenemez. Yeryüzünü insanlara veren Allah, toprağın işlenmesini de emretmiştir. Bu emir aynı zamanda insan aklının gereğidir. Allah'ın ve aklın emrini yerine getirerek toprağı işleyen, onu kendi mülkü yapmıştır. Ve bu mülkün kişiliğine ve menfaatlerine zarar verilmeden ondan alınması mümkün değildir.

Ancak Locke'un sisteminde, taşınır mallar üzerinde de taşınmaz mallar üzerinde de mülkiyet hakkının kazanılmasına bir sınır konulmuştur: Diğer

124 Güriz, Adnan, age. s. 137.

insanların da emeklerini katabilecekleri yeterli mal bulunmalıdır. Bu varsa başkalarının rızasını aramaya gerek yoktur.[125]

Nasıl ki bir ırmaktan aldığı su ile susuzluğunu gideren bir insan, diğer insanların aynı sudan faydalanma hakkına dokunmuyorsa, yeryüzünün bir parçasını işleyen ve kendine mal eden insan da diğer insanların toprak üzerinde mülkiyet hakkını kazanmalarına engel olmamaktadır.[126]

Adam Smith ise diğer klasik ekonomistler gibi mülkiyet hakkı ile fazla ilgilenmiş olmamakla beraber[127] "Milletlerin Zenginliği" adlı eserinin ilk cümlesinde: "Bir milletin yıllık emeği, bir yıl içinde tüketilen milli mallar ve lüzumlu maddeleri sağlayan ana kaynaktır".[128] demek suretiyle emeğin tek değer kaynağı olduğu fikrini açıklamış oluyor.

Emek teorisinin sağlam bir psikolojik temele dayandığı, emek veren kimse ile emek verilen nesne arasında sıkı ve içten bir ruhsal ilişki bulunduğu, bu sebeple, çalışma yoluyla bir nesneye kendi kişiliğini katan bir insanın onun üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmasının tabii sayılması gerekeceği söylenebilir. Bu yüzden emek teorisinin mülkiyeti "işgal"e dayandıran teoriye oranla çok daha inandırıcı olduğu belirtilmektedir.[129]

3) İrade ve Mülkiyet

İrade teorisi taraftarlarına göre hak sahibi mefhumu iradeye dayanır. Madem ki, hak, hukuken himaye olunan irade muhtariyeti, irade hakimiyetidir. O halde hak sahibi ancak bir iradeye sahip olan şahıstır.[130]

Mülkiyeti de her hak gibi kişisel iradenin zorunlu sonucu sayan ve kişiye hür irade sahibi olması nedeniyle mülkiyet hakkını tanımak amacını güden irade teorisinin başlıca iki temsilcisi vardır: Kant (1724-1804) ve Hegel (1770-1831). Her ikisinin mülkiyet ile ilgili tezleri ve vardıkları sonuç birbirinin aynı olmamakla birlikte hem Kant'ın hem Hegel'in mülkiyet hakkını in-

---

125 Güriz, Adnan, age. s. 138: Locke, John, *Of Civil Goverment*, London, 1943, Bock 2, p. 129'a atfen.

126 Güriz, Adnan, age. s. 138.

127 Güriz, Adnan, age. s. 142.

128 Güriz, Adnan, age. s. 142: *The Wealth Of Nations*, p. 1'e atfen.

129 Güriz, Adnan, age. s. 146-147

130 Velidedeoğlu, age. s. 252.

sandaki "irade" gücü ile açıklamaya çalıştıkları bir gerçektir. Bu tez daha sonra, İngiliz idealistlerinden Thomas Hill Grenn tarafından geliştirilmiştir.[131]

a) Kant ve Mülkiyet

Liberal düşüncenin temel ilkelerini kabul eden Kant, mülkiyet konusunu kişisel iradenin belirme niteliği ve özelliği içinde değerlendiriyor. Bir şeyin mülkiyet konusu olabilmesinin şartı, o şeyin kişiden ayrı olması ve hem zaman hem de uzay bakımından kişinin dışında bulunmasıdır.[132]

Kant'a göre, her insanın kendi iradesini belirtebileceği dış bir nesneye sahip olabilmesi veya olması pratik (ameli) aklın postulatıdır.[133]

Medeni anayasadan önce veya ondan ayrı olarak şeyler üzerinde "senin" "benim" ayırımının kabul edilmiş olması gereklidir. Bunun yanında, bir kişiye diğer insanlarca dokunulduğunda, kişi sahip bulunduğu geçici nitelik taşıyan mülkiyet dolayısıyla karşı koyar. Eşya üzerinde fiziki bir egemenlik ve bu egemenliği destekleyen bir hak varsayımı göze çarpar. Ortak irade, tabiat durumunda görülen bu mülkiyeti hukukileştirir.[134]

Hukuk, bir kişinin iradi davranışlarının diğer kişilerin iradi davranışları ile genel bir hürriyet kanununa göre uzlaştırma şartlarının bütünü, olarak tanımlanabilir.[135] Özel mülkiyet hakkı da bu genel hürriyet kanununun apriori sonucudur.[136]

Bu nedenle denilebilir ki mülkiyetin hukukileşmesi, medeni toplum hayatında hürriyetleri düzenleyen genel hürriyet kanununun varlığı şartına bağlanmaktadır. Bir nesne üzerindeki egemenlik, bir nesnenin insanın olması, o insanın sözkonusu nesneye yönelen iradesinin hürriyet kanunu ile çelişme halinde olmamasını gerektirir.[137]

---

131 Güriz, Adnan, age. s. 252.

132 Güriz, Adnan, age. s.230; Kant, *The Science of Right, Great, Book Of Western World*, Vol 42, p. 403'e atfen.

133 Güriz, Adnan, age. s. 231: Kant, age. p. 404'e atfen.

134 Güriz, Adnan, age. s. 231 - 232: Kant, age. p. 409'a atfen.

135 Güriz, Adnan, age. s. 232: Kant, age. p. 392'e atfen.

136 Güriz, Adnan, age. s. 232: Kant, age. p. 406'ya atfen.

137 Güriz, Adnan, age. s. 232: Kant, age. p. 407'ye atfen.

Başkalarını bir insana ait olana el uzatmaktan yasaklayan "bu nesne bana aittir" ifadesinde beliren irade gücüdür. Böyle bir irade beyanı olmazsa, diğer insanlar o nesneyi kullanmaktan yasaklanmış olmazlar.[138]

Kant, bütün hürriyetler gibi mülkiyet hürriyetinin de başkalarının hürriyetleri ile sınırlı olduğunu şöyle açıklıyor: Bir kişi sözle ve eylemle dışındaki nesnenin kendisinin olacağını belirtmekle diğer kişilerin kendi iradesinin amacı olan şeyi kullanmaktan kaçınmalarını istemektedir. Ancak böyle bir varsayım, başka insanlara nesneleri kullanmaktan kaçınma ödevini kapsamamazlık edemez. Bu nedenle kişiler arası ilişkileri yürüten genel hukuk kuralının varlığı zorunlu olmaktadır. Mülkiyete saygıyı düzenleyen ödevler genel hürriyet kuralının sonucudur. Bu genel hürriyet kuralı da ortak ve bağlayıcı bir iradenin başka bir deyimle toplum iradesinin sonucu olarak ortaya çıkabilir. Kişisel irade, böyle bir sonucu sağlamakta yetersiz olduğu için, dünyadaki nesnelerde "senin" ve "benim" ayırımı ancak medeni devlette görülebilir.[139]

Şu halde kişinin hürriyet kanununa göre egemenliği altına alabildiği iradesinin hür amacı olarak pratik (ameli) akıl gereğince kullanma yeteneğine sahip olabildiği, genel veya ortak iradeye göre kendisinin olmasını isteyebileceği şey üzerinde özel mülkiyet hakkından söz edilebilir.[140]

Emeğin, mülkiyet hakkını yaratabileceğini Kant kabul etmiyor. Bir toprak parçasını işleyen, toprak parçasına emek veren kişi onun maliki olamaz. Toprak parçası kendisine ait değilse, onu kattığı emekle birlikte geri vermek zorunluluğu altındadır.[141] Bir kimsenin bir nesneye malik olabilmesi için o nesne ile kişi arasında öyle bir bağlılık olmalıdır ki, kişinin rızası olmaksızın o nesnenin başkası tarafından kullanılması bir zarara sebep olsun.[142] Böyle bir zararın varlığından söz edebilmek için de bir kişinin iradesinin belli bir nesneye yönelmesi, o nesneyi kişinin yapması gereklidir.[143]

Kant, mülkiyetle ilgili fikirlerini açıklarken, liberal düşüncenin temel ilkelerini benimsiyor. Ona göre insanlar arasında hukuk önünde eşitliğin bu-

138 Güriz, Adnan, age. s. 232: Kant, age. p. 407'ye atfen.
139 Güriz, Adnan, age. s. 232: Kant, age. p. 408'e atfen.
140 Güriz, Adnan, age. s. 233: Kant, age. p. 410'e atfen.
141 Güriz, Adnan, age. s. 233: Kant, age. p. 415'e atfen.
142 Güriz, Adnan, age. s. 233: Kant, age. p. 403'e atfen.
143 Güriz, Adnan, age. s. 233.

lunması, adaletin gereği olmakla birlikte hak eşitliği, mallarda eşitsizliğin de nedenidir. Mal ve servet eşitsizliği kabiliyetlerin eriştiği mükafatların farklı olmasının bir sonucu sayılabilir. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi Kant, mülkiyetle emek arasında ilişki bulunduğu fikrini reddediyor. Ve mülkiyet hakkının kişisel iradenin transandantal bir eylem ile dış dünyadaki nesneye yönelmesinden doğduğunu söylüyor. Ancak bir insan, diğer bir insanın iradesine kendi saygı göstermesi şartıyla uyduğu için zilyedlik ilişkisinin mülkiyete çevrilebilmesi bakımından genel iradenin varlığı zorunludur. Yeryüzündeki nesnelerden birisinin tabiat durumundan kişinin zilyedliğinde olması onun yararına olan bir hakkın varsayılmasını sağlayabilir. Fakat ancak yasama organında kişisel iradelerin birleşmesi hukuka uygun mülkiyet kavramını yaratır. Kant'ın genel iradenin normal koşullar altında kişisel iradenin isteklerini gerçekleştireceğini düşündüğü, ancak mülkiyetin sosyal bir kurum olarak toplumsal düzenlemeye konu olacağını da tamamen gözden uzak tutmadığı söylenebilir.[144]

b) Hegel ve Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet konusunda Alman filozofu Kant'ın müdafaa ettiği görüşleri geliştiren Hegel, hem idealist mülkiyet teorisinin gerçek yapıcısı olmuş hem de genel felsefe sistemi içinde mülkiyet hakkının nisbiliğini belirtmiştir.[145]

Hegel de Kant gibi mülkiyet kurumunu irade ile açıklamanın en doğru yol olduğu kanaatindedir. "Kişi bağımsız amacı olan iradesini bir nesne ile birleştirerek onu kendinin yapma hakkının sahibidir.[146] Şahsi iradenin belli bir nesneye yönelmesi ile hürriyet gerçekleştiği gibi şahsi irade de kendi amaçlarından birisini elde edebilmektedir. Evrenin temeli olan "fikir" varlığını gösterebilmek için hürriyetini iç dünyada sınırlamak yerine dış dünyaya çevirebilmelidir. İnsan ve ihtiyaçları göz önünde tutulursa, mülkiyetin bu ihtiyaçların doyurulması aracı olduğu görülür. Bununla birlikte hürriyet açısından gerçek olan mülkiyetin, hürriyetin sembolü ve bağımsız amacı olmasıdır.[147]

---

144 Güriz, Adnan, age. s. 235.

145 Güriz, Adnan, age. s. 235.

146 Güriz, Adnan, age. s. 235; Hegel, *The pylosophy Of Right, Great Books Of The Western World*, Vol. 46, 1952 p. 23'e atfen.

147 Güriz, Adnan, age. s. 236: Hegel, age. p. 23'e atfen.

Hegel hem özel mülkiyet hakkını kabul etmeyen hem de mülkiyet konusu nesnelerin insanlar arasında eşit şekilde dağıtılmasını öngören sistemleri eleştiriyor. Onun kanaatine göre Eflatun'un ideal devletinin genel ilkesi, özel mülkiyet hakkına sahip olmayı önlediği için, kişilik hakkına da dokunmaktadır. İnsanları mallara ortaklaşa sahip olmaları fikri, hürriyetin ve hakkın gerçek tabii özelliğini reddetmekten başka anlam taşımaz. Epikür, mallar üzerinde ortaklaşa mülkiyet sisteminin arkadaşlar arasında uygulanması yolundaki teklifleri reddederken böyle bir uygulamanın güvensizliğe dayanacağını, birbirine güvenmeyenlerin ise arkadaş olamayacağını ileri sürmüştür.[148]

Toprağın ve diğer kaynakların eşit şekilde bölünme isteği, zaman zaman ileri sürülmüştür. Ancak bu istek, boş ve sathi bir entellektüalizmin ifadesi olmaktan öteye gidemez. Çünkü bütün özel farklılıkların ve ayrılıkların gerisinde tabiatın ihtimalleri değil sonsuz şekilde farklılaşan ve özelleşen aklın bütün genişliği ve organizma halinde gelişen aklileşme süreci yatmaktadır.[149]

Kişi iradesi, tabiat hür olduğu ve ne adalete uygun ne de adalete aykırı olmadığı için malların ve kaynakların eşitsiz dağılımında tabiatın adaletsizliğinden söz etmemiz gereksizdir. Her insanın ihtiyaçlarını karşılayacak geçim araçlarına sahib olması ahlaki bir istek olarak ancak "medeni toplum" hayatı ile ilgilidir.[150]

Mülkiyet kişiliğin varlığı anlamına geldiğinden, bir nesnenin bir kişiye ait olması gerektiği yolundaki iç fikir, o nesneyi kişinin yapmaya yetmez. İradenin ulaştığı kendini belirtme, diğer insanlarca bilindiği zaman mülkiyetin onlarca tanınmasından söz edilebilir.[151] Kişi ile nesne arasındaki ilişkinin iradeye dayandığını gösteren başka bir gözlem, mülkiyetin devamı ile ilgilidir. Kişi iradesi ile bir nesne arasındaki ilişki sürdükçe mülkiyet vardır. Kişi kendine ait olanı bıraktığı veya başka bir iradeye geçirdiği zaman mülkiyet de son bulur. Bu nedenle mülkiyeti irade hayatının ve gücünün sonucu saymakta yanlışlık olamaz.[152]

148 Güriz, Adnan, age. s. 236: Hegel, age. p. 23-24'e atfen.
149 Güriz, Adnan, age. s. 236: Hegel, age. p. 24'e atfen.
150 Güriz, Adnan, age. s. 236: Hegel, age. p. 24-25'e atfen.
151 Güriz, Adnan, age. s. 236: Hegel, age. p. 25'e atfen.
152 Güriz, Adnan, age. s. 237: Hegel, age. p. 28-29'a atfen.

İki veya daha çok kişi, belli nesnelere ortaklaşa sahip olurlarsa, hürriyet sınırlanmış demektir. Çünkü ortaklaşa sahip olanlardan hiçbiri ortak mülkiyet konusu olan şeyde kendi iradesine ve amacına göre tasarruf yetkisi ile donatılmış değildir. Hegel bu yüzden manastır mallarının modern devletlerce alınarak özel kişilerin mülkiyetine bırakılmasını hürriyetin yaygınlaştırılması çabası olarak nitelendirmektedir.[153] Bu nedenle Hegel'in modern özel mülkiyet fikrini feodal mülkiyet sistemine oranla bir aşamayı temsil ettiği kanısını açıkladığı savunulmaktadır.[154]

Hegel, Kant gibi emek teorisini kabul etmemekte, bu teorinin toprak üzerindeki mülkiyeti, toprak emek sonucu olmadığına göre, açıklayamayacağını belirtmektedir.[155]

c) Thomas Hill Green ve Mülkiyet Hakkı

Hegel'in mülkiyet teorisi XIX. yüzyılın ikinci yarısında İngiltere'deki takipçileri tarafından da benimsenmiştir. Thomas Hill Green'in başında bulunduğu Oxford İdealistleri Burjuva liberalizmini reddetmemekle birlikte endüstri kapitalizminin XIX. yüzyılda ortaya çıkardığı kötülükleri ortadan kaldırmanın gerekli olduğuna inanmışlardır. Hegel'in teorisi, hem mülkiyeti insan kişiliğinin zorunlu belirme aracı sayıyor hem de devleti, genel refahın ve mutluluğun bağımsız aracı olarak mülkiyet hakkını düzenleyici ve gerekirse kısıtlayıcı geniş yetkilerle donatmak imkanını sağlıyordu. Dolayısıyla liberal ekonomi sistemi ile devlet müdahaleciliğini uzaklaştıracak bir uygulama, İngiliz Hegel'cilerinin amacı olmuştur.[156]

Ancak Hegel'in mülkiyet teorisi, onun İngiltere'deki takipçilerinin sosyalist görüşü savunmalarını önlemekte rol oynamıştır. Çünkü İngiliz takipçiler mülkiyetin, kişiliğin belirme aracı olduğunu ve dolayısıyla özel mülkiyetin zorunlu bulunduğunu temel ilke olarak benimsemişler, devletin, kişinin ekonomik faaliyetini düzenleme ve kısıtlama yetkilerini savunurken Fabian sosyalistlerinin düşüncelerini geniş ölçüde paylaşmışlardır.[157]

153 Güriz, Adnan, age. s. 237: Hegel, age. p. 82'ye atfen.
154 Güriz, Adnan, age. s. 237: Hegel, age. p. 23'e atfen.
155 Güriz, age. s. 237.
156 Güriz, Adnan, age. s. 239.
157 Güriz, Adnan, age. s. 239.

Hegel'in teorisini geliştirmeye çalışanlar arasında en seçkin yerin Thomas Hill Green'e ait olduğu söylenebilir. Ona göre mülkiyet hakkının temeli irade'ye dayanmakta ve mülkiyet "iradenin gerçekleşmesinden" başka bir anlam taşımamaktadır. Bununla birlikte iradenin, spontane bir davranış biçimi olarak değil fakat devamlı bir ilke ve hangi toplumda yaşarsa yaşasın gerçekleşmesine ne türlü engeller konulursa konulsun, insanın ortak özelliği şeklinde değerlendirilmesi zorunludur, iradenin, insanlar yönünden ortak amacı ise bütün insanların refahından başka bir ilke olamaz.[158]

Mülkiyet kurumu aracılığı ile insan maddi varlığı dışındaki nesneleri kendisinin yapmakta ve bu insan organlarının kendi varlığı dışına bir çeşit yayılması anlamına gelmektedir. Böylece kişisel fikirler ve istekler gerçekleşme şahsına kavuşabilmektedir.[159] Bu nedenle mülkiyet kurumunun temelinde kişisel iradenin toplum tarafından tanınması ve korunması düşüncesinin bulunduğu söylenebilir. Kişisel irade tanındığı oranda, sosyal iyiliği gerçekleştirme olanağına da sahip bulunmaktadır.[160] Ancak kişisel iradenin toplum iyiliğine yönelip yönelmemesi, onun varlığından ayrı şekilde değerlendirilmek gerekir. Kişisel irade hürriyetinin gerçekleşme imkanını bütün insanlara tanımak zorunludur. Bununla birlikte kişisel iradenin aynı yeteneğin başkaları tarafından kullanılmasını engelleyici bir yön kazanmaması da gereklidir. Mülkiyette bazı insanların sahip olarak iradelerini gerçekleştirmeleri ve diğer insanların hukuken değilse bile fiilen bu haktan yoksun bırakılmaları halinde mülkiyetin hırsızlık anlamına geldiği söylenebilir.[161]

Ancak hemen belirtmek gerekir ki Thomas Hill Green, mülkiyet dağılımında eşitlik ilkesinin uygulanmasından yana değildir. Herkes hür şekilde kendisi ve kendi amacı için çalışırken aynı zamanda sosyal iyiliğin gerçekleşmesine de yardım etmekte ve durum mülkiyet dağılımındaki eşitsizliği zorunlu kılmaktadır. Tabiatın hür fakat yetenekleri farklı insanlarca fethedilmesi amacı, mülkiyetin eşitsiz olmasını gerekli kılmaktadır.[162] Mülkiyete sahip

158 Güriz, Adnan, age. s. 239: Green, Thomas Hill, *Lectures on The Princlples of Political Obligation*, London, 1948, p. 217'ye atfen.

159 Güriz, Adnan, age. s. 239: Green, Thomas Hill, age. p. 214'e atfen.

160 Güriz, Adnan, age. s. 240: Green, Thomas Hill, age. p. 220'ye atfen,

161 Güriz, Adnan, age. s. 240: Green, Thomas Hill, age. p. 220'ye atfen,

162 Güriz, Adnan, age. s. 240: Grefn, Thomas Hill, age. p. 221'e atfen.

olabilmek için lüzumlu olumlu şartı yerine getiren yani emeğini harcayan ve olumsuz ödevini ifa eden yani başkalarının mülkiyetine saygı gösteren kişi, sosyal düzenin gereklerine göre mülkiyet hakkına sahip olabilir. Ve böyle bir mülkiyet anlayışı kişinin sorumluluk duygusunu geliştirmesini de kolaylaştırır. Bu anlamda mülkiyet, yaşamak için zorunlu malların sağlanmasından ayrı bir özelliğe sahip bulunmaktadır. Ancak Green, bu tür bir mülkiyet felsefesinin doğurabileceği sakıncalar ve çelişmeler üzerinde de durmuştur. Miras ve vasiyyet yolları ile çeşitli nesillerin emeğinin ürünü gördüğü malların çalışmayana geçmesinin meşru sayılıp sayılmayacağını sormaktadır. En ucuza alıp en pahalıya satmak anlamındaki bir ticaret hürriyeti korunabilir mi? Böyle bir uygulama bazı insanların devamlı şekilde proleter olmalarına yol açıyorsa, kaynağını ferdi iradenin hür belirmesinde bulan mülkiyet hakkı ile onun uygulamada doğurduğu sonuçlar arasında bir çelişmenin bulunduğu açıkça söylenebilir.[163]

4. Fayda ve Mülkiyet

Faydacı teoriye göre "hak" mes'elesinde önemi haiz olan yön iradeden çok hukuki menfaattir.[164] Faydacı teori temelde İngiliz düşüncesinin bir ürünüdür. Felsefe sistemi olarak İngiliz hayat biçiminin belirlenmesinde oldukça önemli bir fonksiyon ifa etmiştir. Ancak faydacılık, gelişim süreci içinde değişik fikir adamlarınca benimsenmiş ve fayda kelimesine verilen anlamda önemli farklılıklar ortaya çıkmıştır. Daha sonra bu teorinin tanınmış Alman hukukçusu Jhering tarafından geliştirildiği ve Jhering'in faydacı teoriye dinamik bir sosyal kapsam kazandırmak ve faydacı mülkiyet anlayışını uygulamanın yarattığı sorunları göz önünde tutarak değerlendirmek için çaba harcadığı görülmektedir.[165]

Özel mülkiyet kurumunu faydalılığı dolayısıyla savunan kişilerin mülk edinme amacına yönelen çabalarının toplum yararına da hizmet ettiğini ileri süren, çalışma enerjisinin ve ekonomik üretimin artmasının kazanma isteğine bağlı olduğunu belirten faydacı teori, gelişim süreci içinde değişik yorumların konusu olmaktan kurtulamamış, bu teoriyi benimseyenler bazan ferdin

163 Güriz, Adnan, age. s. 241: Grefn, Thomas Hill, age. p. 221'e atfen.
164 Velidedeoğlu, age. s. 205.
165 Güriz, Adnan, age. s. 198.

kendi menfaati peşinde koşmasının toplum yararını da gerçekleştirmeye yeteceğini ifade etmişler, bazan da toplum menfaatine ferdin menfaatinin üstünde bağımsız bir yer vererek toplum faydasına aykırı ferdi faaliyetin sınırlanmasını hatta yasaklanmasını istemişlerdir.[166]

Bununla birlikte bu teoriyi benimseyenlerin özel mülkiyeti genel olarak savundukları söylenebilir. Faydacılığa sosyal bir kapsam kazandırmak amacını taşıyan J. S. Mill'in[167] ve Jhering'in çoğu zaman üretim araçları üzerinde özel mülkiyet ilkesini sosyalist görüşlere karşı savundukları bilinmektedir.[168]

Faydacı teori XIX. Y.Y. boyunca kapitalist sistemin savunmasına yardım etmiş, teorinin önemini yitirmesinden sonra da sosyal fayda ilkesi XX. yüzyılın ilk yarısında mülkiyet hakkını sınırlandırmak ve sosyal bazı ödevlerin konusu yapmak isteyen çabaların dayandığı temellerden birisi olarak ortaya çıkmıştır.[169]

Faydacı teorinin öncüsü sayılabilecek olan David Hume'un sisteminde mülkiyet kurumunu faydalılığı dolayısıyla meşrulaştırmak amacı açık seçik görülmekte ve kişisel fayda eğiliminin toplum yararını kendiliğinden gerçekleştirmeye yeteceği inancı kendini göstermektedir.[170]

Hume, fayda ilkesini başarı ile savunmuş, adaletin tek ödevinin mutluluğun sağlanması için gerekli kuralları göstermek olduğunu belirtmiştir, insanların, adalet kurallarına uymaları zorunluluktan ileri gelmemekte, fakat bu kuralların kişisel yararlarına olduğu kadar toplumun yararına da hizmet etmesinden doğmaktadır. Özel mülkiyet kurumu ve bu kurumu düzenleyen hukuk kurallarının kaynağı ve meşruluğu da fayda ilkesinde aranmalıdır.[171]

Tabiat insanlara sınırsız ölçüde mal vermiş olsa idi toplum mülkiyetle ilgili kuralları koymak zorunluluğunu duymazdı. Her insanın ihtiyacı olandan fazlasına sahip olabilmesi durumunda malların dağıtılmasından söz etmek

---

166 Güriz, Adnan, age. s. 198.

167 Güriz, Adnan, age. s. 198: Roll, Erich, A History of Economic Thought, 1949, p. 362'ye atfen.

168 Güriz, Adnan, age. s. 198-199.

169 Güriz, Adnan, age. s. 199.

170 Güriz, Adnan, age. s. 199 : Hume, David, *Essays Moral Political and Literary* Adited by Green, T.H. and Grose, T. H., Vol 2 London 1875, p. 180'e atfen.

171 Aynı eser aynı yer.

anlamsız olurdu. Böyle bir durumda da adalet tamamen yararsız boş bir kavram niteliğini taşırdı.[172]

Hume, mülkiyet hakkı ile emek arasında herhangi bir ilişki bulunmadığı kanısını taşımakta ve Locke'un emek kuramını reddetmektedir. Nesne ile emek arasındaki ilişki belki mülkiyet kavramının belirmesi yüzünden gerekli fikirler çağrışımının (associotin of idea) nedeni olabilir.[173]

Bununla beraber Hume, kişi ile emek ve kişi ile işgal fikirleri arasındaki çağrışımların mülkiyet kavramının doğumunda rol oynasa bile kişinin belli bir şey üzerindeki kuvvetine diğer insanların saygı göstermesi ödevini yaratmayacağını kabul etmektedir. Fikirler çağrışımının tek başına başkalarına ödev yüklemesi ve mülkiyetin korunması sonucunu doğurması mümkün olamaz. Mülkiyet insanlar arasındaki anlaşmanın sonucu olduğu için başka bir deyişle mülkiyet kurumu toplumun iyiliği yönünden gerekli görüldüğü için hukuk düzeni tarafından korunmaktadır.[174]

a) Jhering ve Mülkiyet

Jhering'in faydacılığı birçok bakımdan İngiliz faydacılığından üstün ve ayrı özelliklere sahip bulunmakta onun "*Der Zweck im Recht*" (Hukukta Gaye) isimli eserinde savunduğu görüşler, hukuk düşüncesi yönünden önemli bir aşama niteliğini taşımaktadır.[175]

Ünlü Alman Hukukçusunun kanısına göre fayda ilkesi insan davranışlarında her zaman bilinçli şekilde olmasa bile etki yapmaktadır. Hukuk bir mantık kategorileri sistemi değildir. Hukuku yaratan, hizmet ettiği amaçtır. Bu yüzden "Himaye olunan menfaat" hakkın özü olarak ortaya çıkmaktadır.[176] Hukuk insanın yalnızca gözlemle bilebileceği ve gözlem sonucu ilkelerin belirtebileceği bir sistem bir normlar bütünü sayılmamalıdır. Hukuk daha çok bir amaçtır. Bu amacın ise sosyal olduğu söylenebilir. Çünkü kişisel çıkar-

172 Aynı eser aynı yer.

173 Güriz, Adnan, age. s. 200: Halevy, E. The *Growth of Philosophic Radicalisma*. 1952, p. 45'e atfen.

174 Güriz, Adnan, age. s. 200.

175 Güriz, Adnan, age. s. 218.

176 Güriz, Adnan, age. s. 218: Jhering, Rudolf, Von. Jhering, Rudolf, Von. *Law as Means to an End*, Newyork 1924, p. XVIII.

lar toplumca tanındıkları ölçüde gerçekleşme şansına sahip olabilirler.[177] Toplumda geçerli hak ve adalet fikirleri hukukun sosyal amacını süresiz şekilde etkilemeli ve hukuk sistemi hukukun güttüğü sosyal amacın gerçekleşmesine devamlı olarak elverecek yolda yenilenmeli ve düzenlenmelidir.[178] Jhering böylece kavramcı hukuk sistemini reddetmiş XIX. yüzyılın başlarında ve ortasında görülen ferdiyetçiliğe karşı çıkmış ve hukukla sosyal fayda arasında organik ve kopmaz bir ilişki bulunması üzerinde durmuştur.[179] Onun Devlet faaliyetlerinin çoğalmasına karşı herhangi bir kısıtlama düşünmediği yanlış sayılmaz. Ancak sosyal fayda ilkesine dayanılarak kişisel bütün hakların ortadan kaldırılması sonucuna varmadığı da aynı ölçüde doğrudur.[180]

Jhering, kişinin yeryüzündeki durumunun üç ayrı şarta dayandığı kanısındadır. İlk iki şarttan insan hakkı çıkmakta, üçüncü şarttan ise kişiye yüklenen ödevler doğmaktadır. Onun düşüncesine temel olan şartlar şunlardır:

1- Kişi kendisi için vardır,

2- Yeryüzü kişi için vardır,

3- Kişi yeryüzü için vardır,

Bu üç şart hukukun bütün çerçevesini çizer. Hatta yalnızca hukuku değil, bütün ahlak dünyasını kapsar. Şahsi hayat, aile ilişkileri, toplum, devlet, devletlerarası ilişkiler, insanlar arası ilişkiler gibi bütün bağlılıklar üç temel şart içinde değerlendirilebilir.[181]

Mülkiyet hakkı tabiatın insan için var olması ile ilgilidir. Bununla birlikte tabiat hediyelerini insana kolay vermemekte, tabiatın nimetlerine ulaşmak için insanın emek vermesi, çaba harcaması gerekmektedir. Kişinin gücü yaşamak için gerekli araçları sağlamaya yetmezse başka insanların yardımını sağlaması gereklidir. Başkalarından gelen yardıma kavuşmak için de insanın hiç olmazsa uzun sürede bu yardımın karşılığını vermesi zorunludur.[182]

---

177 Güriz, Adnan, age. s. 219: Jhering, age. p. XXI'e atfen.

178 Güriz, Adnan, age. s. 219: Jhering, age. p. XXI'e atfen.

179 Güriz, Adnan, age. s. 219: Jhering, Rudolf Von. *Law as Means to An End*. New York 1924, introduction by Geldart, pp. XLIII, XLIV'e atfen.

180 Güriz, Adnan, age. s. 219: Jhering, age. p. L'ye atfen.

181 Güriz, Adnan, age. s. 219: Jhering, age. pp. L, Ll'e atfen.

182 Güriz, Adnan, age. s. 220: Jhering, age. p. Ll.

Kişi kendi faydasını ve çıkarını arar. Ancak ferdi egoizm, bütün sınırlardan kurtulduğu zaman topluma zararlı olur. Bu yüzdendir ki egoizmi sınırlayan ilkeler konulmaktadır. Sınırsız ticaet hürriyeti, gasb için bir izin, bir korsanlık fermanı niteliğini taşır.[183] Kişi toplum içindeki hayatında yalnız kendisi için değil, aynı zamanda toplum için çalışır. Toplumun kişileri kendi amaçları için kullanılmasını sağlayan dört saik göze çarpar: Mükafat ve zorlama, Jhering'e göre egoist saiklerdir. Bunlar olmaksızın sosyal hayat düşünülemez. Mükafat olmadan ticaretten, zorlama olmadan hukuktan veya devletten söz edilemez. Ancak insan davranışlarına yön veren özgeci (altruist, isar, diğergamkarane) saikler de söz konusudur. Özgeci saikler ödev duygusu ve sevgidir.[184] İnsan davranışlarında egoist saiklerin daha üstün rol oynadığı bir gerçeğin ifadesi olsa bile altruist saiklerin tamamen etkisiz olduğunu düşünmek yanlıştır.[185]

Yalnızca kendisi için var olan bir insan düşünülemez. Karı kocası için, koca karısı için vardır. Ana-baba çocuklar için, çocuklar da ana-baba içindir. Yüzümüzü nereye çevirirsek, hiç kimsenin yalnız kendisi için olmadığını, kendisi için çaba harcamadığını görürüz. İnsan yalnız kendisi için değildir. Aynı zamanda başkaları içindir kısaca dünya içindir.[186]

Hukukta Gaye isimli eserinde Jhering mülkiyetin amacını, hayatı koruma amacının sonucu saymaktadır. Mülkiyet hakkı olmaksızın insanın varlığı yönünden güvenilir bir gelecekten söz edilemez. Bununla birlikte hayatın ve mülkiyetin güvenlik altında bulunması hukuk yüzünden mümkün olmaktadır.[187]

Mülkiyet toplum kavramı ile çelişme halinde bulunan hiç bir şeyi içine almaz. Tabii hukukun mülkiyet hakkının dokunulmazlığı ilkesi toplumu bilgisizliğin, kinin ve inadın eline teslim etmekten başka bir anlam taşıyamaz. "Benim evim, toprağım ve hayvanlarım kalsın da her şey yok olsun zarar etmez." diyen insanın görüşü gerçeği yansıtmaktan tamamen uzaktır. Toplumun yararı aynı zamanda kişinin yararı demektir. Toplum mülkiyete sınırla-

183 Güriz, Adnan, age. s. 220: Jhering, age. p. 104'e atfen.
184 Güriz, Adnan, age. s. 220: Jhering, age. p. 73'e atfen.
185 Güriz, Adnan, age. s. 220.
186 Güriz, Adnan, age. s. 220: Jhering, age. pp. 59, 60, 61'e atfen.
187 Güriz, Adnan, age. s. 221: Jhering, age. p. 49'a atfen.

ma koyduğu zaman bu sınırlama toplum için olduğu kadar kişi içindir de.[188] Malikin mutlak bir mülkiyet hakkını toplum yararına uygun kullanması durumunda söz konusu olabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararı ile çelişme durumunda bulunursa toplumun kişisel mülkiyet alanına müdahaleye hakkı vardır.[189]

Bazan büyük topraklar işlenmemekte, bunlar üzerinde otlar yeşermekte ve malikin avlanma zevkini doyurması için toprak boş bırakılmaktadır. Böyle bir durumda hukuk düzeninin duygusuz ve hareketsiz kalmasını Jhering kabul etmiyor.[190]

Jhering *"Hukuk Uğrunda Savaş"* isimli eserinde mülkiyet hakkı ve emek arasındaki ilişki üzerinde durmuş ve emek kavramını sosyal fayda açısından değerlendirmek istemiştir.[191]

Mülkiyetin doğuşunda ve ahlak yönünden geçerlilik kazanışında emek başlıca rolü oynar. Emek kavramı yalnız el ve kol emeğini değil aynı zamanda fikir ve kabiliyet emeğini de içine alır. Mülkiyet ancak emekle ilişki durumunda bulunduğu sürece canlı ve sağlam nitelik taşıyabilir. Zahmet vermeden kolayca menfaat edinmek imkanı geliştiği ve yaygınlaştığı ölçüde ise mülkiyet kaynaktaki meşruluğunu yitirme tehlikesi ile karşılaşır. Borsa oyunlarında kazanılan bir mülkiyetin ahlaki niteliği şüphe götürür. Ahlaki mülkiyet fikri tamamen kaybolursa mülkiyet hakkının savunulması da ahlaki bir ödev olmaktan çıkar. Alnının teri ile ekmeğini kazanan insanın kalbinde yaşayan mülkiyet duygusunun kaybolması bunun giderek yaygınlaşması, sınıflar arasında gelişmesi, özel mülkiyet kurumunun meşruluğunu tehlikeye düşürür ve ortakçı mülkiyet eğilimleri güçlenir.[192]

Kişinin veya başka birinin emeği dolayısıyla bir nesne ile kişi arasında doğan ilişkide iradenin rolü vardır. Ancak kişi bir malı elde ederken kendi kişiliğinin damgasını vurmakta, onu kendisinden bir parça yapmaktadır. Dola-

188 Güriz, Adnan, age. s. 222: Jhering, age. pp. 389, 390'a atfen.

189 Güriz, Adnan, age. s. 222.

190 Güriz Adnan, age. s. 222: Hayem, Henri, *Essaye Sur le Droit de Propriéte*, et ses Limites, Paris 1910, p. 331'e atfen.

191 Güriz, Adnan, age. s. 24.

192 Güriz, Adnan, age. s. 225: Jhering - Rudolf Von. *Hukuk Uğrunda Savaş*, Çev. Yenengil, Rasih, İkinci Baskı, İstanbul 1964, s. 33-34'e atfen.

yısıyla mülkiyete yönelen bir saldırı, aynı zamanda kişiye yönelmiş demektir. Başka bir deyişle mülkiyet kişinin eşya üzerinde çizilen siluetinden başka bir şey değildir.[193]

Bu teorileri bütünüyle gözden geçirdiğimizde görürüz ki "işgal" ve "emek" teorileri, mülkiyet hakkının dayandığı teorik prensipten çok mülkiyetin iktisabının pratik prensibini açıklamaktadır.

"Fayda" teorisi ile "irade" teorisi ise ancak birleştirildiği takdirde "hak'ların bu arada "mülkiyet hakkı"nın dayandığı teorik prensibe yaklaşmış olur[194] ki bu prensip "irade"si, "istifade"si "emek"i ve sahip olduğu "zimmet"iyle bir bütün halinde "insan"ı mülkiyet hakkının sebebi ve sahibi olarak gören İslam Hukukçularının açıkladığı "zimmet" nazariyesidir. Şimdi onu görebiliriz:

B) İslam Hukukunda Mülkiyetin Dayandığı Nazariye

İslam Hukukçularının bütün dini, hukuki medeni ve sosyal nazariyelerini dayandırdığı bir "zimmet" nazariyesi vardır.[195]

1) Ehliyet

"Zimmet" nazariyesi usulcüler tarafından "mahkum aleyh" bahsinde "ehliyet" münasebetiyle İncelenmektedir.[196]

İnsanın leh ve aleyhindeki haklara sahip olabilmesine ehliyet denir. Teklif bu ehliyete dayanır.[197]

Ehliyet iki kategoride incelenir: Vücub ehliyeti, eda ehliyeti.

---

193 Güriz, Adnan, age s. 225: Jhering, *Hukuk Uğrunda Savaş*, s. 37'ye atfen.

194 Nitekim ne tek başına irade ne de tek başına fayda teorisi yeterli bulunmadığı için bugün "muhtelit" teori benimsenmiş bulunmaktadır. Bkz. Velidedeoğlu, age. s. 205, 253.

195 Krş. Elmalılı, M. Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, İstanbul 1937 III, 2324; Ülken, Hilmi Ziya, İslam Düşüncesi, İstanbul 1946; s. 81.

196 Bkz. Serahsi, *Usul*, Tarihsiz Beyrut Ofset Baskısı, II, 332-334; Pezdevi, *Usul*, (Abdülaziz, Buhari Şerhi Keşfu'l-Pezdevi ile) IV, 237 - 241; Sadruşşeri'a, *el-Tewdih* (Allame Sa'duddin Taftâzânî Haşiyesi el-Telwih ile) İstanbul 1310, s. 726-729; Molla Hüsrev, *Mir'âtu'l-Usûl*, İstanbul 1317, s. 581-597; Elmalılı, M. Hamdi Yazır, Age. III, 2324; Ülken, Hilmi ziya, age. s. 27, 81, 87; ez-Zerkâ, age. III, 181-204.

197 Serahsî, *Usûl*, II, 332; Molla Husrev, *Mir'ât*, s. 586.

Hukukun tanıdığı leh ve aleyhdeki haklara yani yetki ve sorumluluklara sahip olabilme ehliyetine vucub ehliyeti (bugünkü dilde hak ehliyeti); Hukuka uygun fiiller yapabilme ve aykırı fiillerden sorumlu tutulabilme ehliyetine eda ehliyeti (bugünkü dilde fiil ehliyeti) denir.[198]

2) Zimmet

Vücub ehliyetinin temelde leh ve aleyhteki haklara sahip olmaya "elverişliliğe" (selahiyye) dayandığından ve istisnasız her insanın, doğuştan, leh ve aleyhindeki haklara sahip olmaya elverişli bir "zimmet"inin bulunduğuna dair "icma" dan hareket eden[199] İslam hukukçuları bu zimmeti" izah ederken diğer nazariyelerle beraber "mülkiyet" nazariyesini de "zimmet"e dayandırmışlardır. Şöyle ki: "Zimmet" mukavele (ahd, misak) manasına gelir. Kur'an-ı Kerim'de iki yerde[200] geçen "zimme" kelimesi bu manadadır.[201] Bu kelime "harb" ve "sulh" hukukunu düzenleyen hadislerden biri olan: Eğer onlar sizden Allah adına zimmet isterlerse onu vermeyin. Zimmeti kendi adınıza verin..."[202] hadisinde de aynı manada kullanılmaktadır.[203] Nitekim kendileri ile barış andlaşması (muahede) yapılan kimselere "ehlu'l-zimme" (zimmî) denir.[204] İşte, "mukavele" manasına gelen ve her insanın doğuştan sahip bulunduğu bu zimmetten maksat; Allah ile insanlar arasında geçen ve A'raf Sûresi'nin 172. ayetinde bildirilen "misâk" tır.[205]

"Hem Rabbin, ademoğullarından (insanlardan), bellerinden zürriyetlerini alıp da onları nefislerine karşı şahit tutarak, Rabbiniz değil miyim? (elestü birabbikum?) diye işhad ettiği vakit, "Evet, Rabbimizsin (bela) dediler; şahidiz."

Bildirilen bu metafizik sözleşmede üzerinde durmamız gereken iki husus vardır: 1) İkrar, yani Rab olarak Allah'ı tanımak; 2) İşhad, yani kendi nefislerine karşı kendilerini şahit tutmak.

---

198 Krş. Göger, Erdoğan, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Ankara 1974, s. 118,

199 Serahsî, *Usûl*, II, 332; Pezdevi, *Usûl,* IV, 237; Sadruşşari'a *et-Tewdih*, s. 716, 726; Molla Husrev, *Mir'ât*, s. 591.

200 Tevbe Sûresi (IX), 8, 10.

201 Serahsi, *Usûl*, II, 333.

202 *Müslim*, Cihâd, 3; *İbn Mace*, Cihad, 38; *Dârimi*, siyer, 8.

203 Serahsî, *Usûl*, II, 333.

204 Serahsi, *Usûl*, II, 333.

205 Serahsi, *Usûl*, II, 333; Pezdevi, *Usûl*, IV, 237; Sadruşşari'a, *et-Tevdih*, s. 716, 726.

Allah Teala bu metafizik mukavelede "ikrar"dan başka bir de kendi nefislerine karşı şahit tutmayı bildirdiğine göre, bu sözleşmenin insanlara, yerine getirilmesi gerekli vazifeler (hukuk aleyh) yüklediğini anlatmış olmaktadır.[206] Bunu şöyle anlamak gerekir:[207]

Allah te'ala insanı, *"Biz o emaneti göklere, yere ve dağlara arz (teklif) ettik. Onlar onu yüklenmeye yanaşmadılar. Ondan korktular da onu insan yüklendi. O cidden çok zalim çok cahil bulunuyor"*.[208] Ayeti kerimesinde bildirilen, emaneti yüklenmek üzere yarattığından ona leh ve aleyhindeki haklara ehil olabilmesi için akıl ve zimmet bahşetmiş, öylelikle insan, haklara ehliyet (selahiyet) kazanmıştır.

Az sonra izah edeceğimiz gibi kısaca "vazifeler" demek olan "emanet"i yüklenmekle aleyhine sabit olan bu haklara mukabil insan lehine haklar olan "ismet", "hürriyet" ve "malikiyyet" haklarına da sahip olmuştur.[209]

Bu haklar, yüklendiği "emanet" vazifesini yerine *getirebilmek üzere kendisine ayrılan ömür boyunca hayatını güvenlik içinde sürdürebilmesi için tanınmış haklardır.*[210]

3- Emanet

Ayette geçen emanet'i izah edelim:

Emanet, aslında masdar olarak "eminlik" yani başkalarının hak ve hukuku kendine güvenilir "inanç" olma; güvenilirlik huyu demektir. Ayrıca güvenilip inanılan şeye de isim olarak kullanılmaktadır. "Allah emanetleri ehline vermenizi emreder".[211] ayetinde geçen "emanet" bu ikinci manadadır.[212] Buna

206 Sadruşşari'a, *et-Tawdih*, s. 727.

207 Serahsi, *Usûl*, II, 234; Buhari, Abdulaziz, *Keşfu'l-Esrâr*, IV, 238; Molla Husrev, *Mir'ât*, s. 591; Taftâzâni, *et-Telwih*, s. 726.

208 Ahzâb Suresi, 72.

209 Kadı Ebû Zeyd el-Debbûsi (428 h.)'ye atfen: Serahsi, *Usûl*, II, 334; Buhari, Abdulaziz, *Keşfu'l-Pezdevi*, IV, 238; Taftazani, Telvih, s. 726-727; Molla Husrev, *Mir'ât*, s. 591.

210 Serahsi, *Usûl*, II, 334; Kadı Ebû Zeyd'e atfen. Krş. Güriz, Adnan, age. s. 346: "Yirminci yüzyılda mülkiyeti yaşama hakkına dayandırarak meşrulaştırmak, yaygınlaştırmak ve sınırlandırmak amacını güden yeni bir eğilim belirmiş bulunmaktadır. Buna göre yaşama hakkına sahip olan insan, yaşamak için gerekli araçları elinde bulundurmalıdır."

211 Nisâ Sûresi, 58.

212 Elmalılı, V, 3934.

göre insanın yüklendiği "emanet" bir "özellik" olmaktadır: Güvenilir olma, "inanç" olma özelliği.

Evinizi, eşyanızı Allah'tan sonra "insan"a emanet edebiliyorsunuz. Canlı veya cansız başka hiç bir şeye emanet edemezsiniz. Çünkü Allah tarafından herkese teklif edilen bu özelliği, "insan"dan başkası üstlenememiştir.

Emin kişi olmak, herkesin güvenebildiği bir kimse olmak, böyle bir özellik taşımak ne kadar güzel bir şey. Fakat haddi zatında bu çok cazip ve çok değerli özelliği insan koruyabilmiş midir? Yani insanlara güvenilebiliyor mu? Hiç şüphesiz güvenilebilir insanlar vardır. Pek çok insanın bu özelliğini koruyamadığını görüyorsak, bu durum ayette bildirilen haberin tasdiki mahiyetindedir. Nitekim bu emanet taşınması öyle ağır, korunması öyle zor bir emanettir ki, onu insana göre olan kocamanlıklarına rağmen gökler taşıyamaz; dağlar taşıyamaz; dünya taşıyamaz. Taşıma özelliğinde yaratılan insanın da taşıması kolay değil. Nitekim her insan layıkıyla taşıyamamaktadır.

Taşınamayacak kadar ağır ve o nisbette şerefli bu emaneti yüklenen insana "kendine kıyan" (zalum) ve "sonunu düşenmeyen" (cehul) denmesini böyle anlamak mümkündür.

Müfessirlerin çoğu da ikinci manada anlayarak, "emanet" teklif (vazife, farzlar)'tir demişlerdir.

Her iki manayı dikkate alarak bunu şöyle anlamak lazım gelir:

Allah'ın gerek kendi hukukuna, gerek halkın hukukuna ilişkin emir ve yasaklarını yerine getirme ve hükümleri icra etme hususunda Allah'ın emini yani güvenilir memuru demek olan "emanet"ini yani Allah'ın diğer şeylerde olduğu gibi cebirle zorunlu olarak değil, rıza ve ihtiyar ile yaptırmak istediği, isteğe bağlı işlerde, emrine itaatle hilafeti demek olan "vazife" ve "mükellefiyet".[213] İzah edelim:

Metafizik dünyada melekler, Allah'ın emrinden çıkmadan emirlerini yerine getirirler. Allah'ın emri dışına çıkmak ellerinden gelmez. Allah onları o özellikte yaratmıştır: Hepsi melektir; içlerinde hiç asi yoktur: "Allah kendilerine ne emrettiyse ona isyan etmezler ve her neye memur iseler yaparlar".[214]

213 Elmalılı, V, 3934.
214 Tahrim Sûresi, 6.

Fizik dünyada da makro planda güneş sistemi, mikro planda atom tâbi oldukları kanunlara harfi harfine uyarlar. Aksine hareket ellerinden gelmez. Hareketleri "iradi" değil, "cebri" dir. Allah'ın emrine diğer canlıların itaati de cebridir. İnsan ise diğer yaratıklardan farklı olarak "irade"lidir:

"Görmedin mi hep Allah'a secde ediyor, göklerdeki kimseler; yerdeki kimseler; güneş, ay ve yıldızlar; dağlar, ağaçlar bütün hayvanlar ve insanlardan bir çoğu. Bir çoğunun da üzerine azap hak olmuştur. Her kimi de Allah tahkir ederse artık ona ikram edecek yoktur".[215]

Görüldüğü gibi insanı Allah, bütün yaratıklardan farklı özellikte olmak üzere yaratmıştır. Ayette sayıldığı gibi "her şey"in Allah'ın emrine itaat halinde olmasına mukabil insanlardan bir kısmının itaatin dışında kalarak azabı hak etmeleri, bunu açıkça göstermektedir.

Bildiğimiz gibi insan, ne "hep işi itaat olan melek"tir; ne de sırf tabii içgüdüsü ile hareket eden herhangi bir canlı. İnsan, hem itaat eden hem isyan edebilen bir varlıktır.

İşte Allah'ın "Bir takım ödevler yarattım, bu ödevleri yerine getirenlere mükafat; ihmal edenlere ceza var. Bu pazarlığa kim talip çıkar?" şeklindeki teklifine[216] diğer yaratıklar, bu teklifi kabul etme özelliğinde yaratılmış olmadıkları için kabul edemezken insan kabul etmiş, yani sonucundaki mükafat ve cezası kendisine ait olmak üzere emaneti yüklenmiştir.

Görüldüğü gibi bu metafizik mukavelede, istisnasız bütün insanlar taraf, yani sözleşmeye sözleşmeden doğacak "yetki" ve "ödevlere elverişli" (salih) ve dolayısıyla "ehliyetli" (ehl) kabul edilmiştir.

Bunu başka bir şekilde ifade edersek, "hak"lara elverişli yani ehil kılınan insan (ademoğulları) ile metafizik sözleşme yapılmış; insana "zimmet" verilmiştir.

"Zimmet" vermenin hükümleri yani hukuki neticeleri İslam Hukuk nizamında sarih olarak mevcuttur. Tevbe Sûresi'nin 29 uncu ayetine ve "davet" hadiselerine[217] dayanan bu hükümler özet olarak: "Cizye" (vergi) karşılığında:

215 Hac Sûresi, (XXII), 18.
216 Krş. Tevbe Sûresi, III ve Ahzâb Sûresi, 72.
217 Bkz. not 110.

a) "Haklara ehliyet".[218]

b) "Hürriyet"[219] dir.

Yani kendileri ile barış andlaşması yapılan insanlar, vergi (cizye) vermek suretiyle "İslam Devletinin hakimiyetini kabul ettikten sonra, müslümanların sahip oldukları hukuki ehliyete, dünya hükümleri bakımından sahip olacaklar, müslümanların hakları onların da hakları; müslümanların ödevleri onların da ödevleri olacak; aynı zamanda din ve vicdan hürriyeti dahil, hürriyetlere de sahip olacaklardır.

İşte Yüce Allah kulları ile metafizik mukavele yapmakla, yani onlara "zimmet" tanımakla, her insana, yüklendiği emanet karşılığında kaideten sayılan haklara ehliyet bahşetmiştir.

Bu haklardan, hiç bir insan mahrum değildir. Bu sebepledir ki İslam Hukukuna göre kölelik (rikk) durumu, bir "ehliyetsizlik" değil, benzeri, az çok farkla küçük çocuklar ve akıl hastaları için de söz konusu olan "ehliyet arızası", "ehliyet noksanlığı"dır. Onun için kölelik durumu, usuli fıkhın "ehliyetin arızaları" bahsinde incelenir ve bunun "mal"a ve bir kısım "şahsi menfaatlerine malik olmaya engel bir arıza olduğu, onun için mesela cariyeye malik olamayacağı, haccının sahih olmayacağı, cihadı tam olmadığı için ganimetten ancak çocuklar gibi bir pay (radah) alacağı, kaydedildikten sonra, kölenin, bunların dışında kalan bir çok şeylere malik olabileceği; bedeni ibadet ehliyetine sahip olduğu; zilyedlik ve nikah haklarına malik bulunduğu; can ve kan güvenliğine sahip olduğu; bu itibarla me'zun kölenin Hanefi içtihadına göre kendi ehliyeti ile tasarruf ettiği; sahibi (mevla) izin vermemiş dahi bulunsa, akdettiği nikahın sahih olacağı; sahibinin kendi kölesini öldürme yetkisine sahip bulunmadığı; hatta kötü muamele ettiği sabit olursa başkasına satmaya veya azat etmeye zorlanabileceği; hadd, kısas ve hırsızlıkla ilgili ikrarlarının sahih olduğu; "nafaka" hakkına malik olduğu "zimmet"e ilişkin dünyevi kerametler bakımından noksan olup bizzat kendi kazancı bir mal elinde mevcut olmadıkça zimmetinde sabit bir borç olarak bir "alacak" davasına muhatap olmamakla beraber (zimmet)in ahirete ilişkin bütün nimetlerine sahip olduğu; Allah nezdinde iyi bir kul olmasına ise hiç bir engel bulunmadığı; bir arıza

218 Bkz. not 110.
219 Bkz. not 110.

mahiyetindeki bu ehliyet noksanlığına karşılık sorumluluk ve yükümlülüklerinin de yarı yarıya azaldığı; mesela bölünmesi, mümkün hukuki cezalar (hudud)ın yarı nisbetinde uygulanacağı bildirilir.[220]

4- Zimmet - Akıl - Teklif

Özellikle bütün hukuk nazariyatının dayandığı bu zimmet nazariyesini inceleyenlerin ifadelerinden anlıyoruz ki, mahiyetini izaha çalıştığımız bu zimmet kavramına ve nazariyesine itirazlar olmuş; bu kavramın, fıkıhçıların uydurduğu asılsız bir şey olduğu öne sürülmüştür.[221]

Bu sebeple İslam Hukukçuları (fukaha), aşağıdaki soruyu ortaya atmış ve cevaplandırmışlardır:

— Acaba bu "zimmet" kavramına hiç yer vermeden teklifi de haklara ehliyeti de sırf "akıl" özelliği ile açıklamak mümkün olmaz mı?.[222]

İslam hukukçularının dediği gibi bu sorunun cevabını "insan"ın yaradılışında ve "zimmet"in mahiyetinde aramak gerekir. İnsanda akıl var. Ayrıca "şehevi" ve "gadabi" cismani kuvvetler (dürtüler) ve muhtelif duyular mevcuttur. Melek'te "akıl" vardır; fakat "gadap" ve "şehvet" gibi cismani kuvvetler mevcut değildir.

Diğer canlılarda cismani kuvvetler ve duyular vardır; akıl yoktur.

İnsan, biraz yukarıda (s. 166-7) da belirttiğimiz gibi, farklı yaradılıştadır. Bu farklı yaradılış, onun "iradi" hareketini mümkün kılan özelliktir. Melek için, Allah'ın emri dışına çıkmayı tahrik ve teşvik edecek sebep; bir şehvet, bir gadap tesiri yoktur. Diğer canlılar ise "akıl"dan mahrum oldukları için, emirlere muhatap olamazlar. Eğer teklifi ve ehliyeti sırf "akıl"a dayandırmak mümkün olsaydı meleklerin de haklara ehil ve mükellef olmaları gerekirdi. Halbuki biliyoruz ki melekler "emanet"i yüklenenlerden değildir. Emaneti insan yüklenmiştir: (Ahzab, XXXIII/72). Esasen kendilerinde kadap ve şehvet kuvvetleri bulunmayan melekler için teklifin de bir manası olmayacaktır. O halde tek-

220 Molla Hüsrev, *Mir'at*, s. 611-619; Krş. Velidedeoğlu, age. s. 254: "Şahıslara haklardan istifade, yani hak sahibi olma ehliyetini hukuk bahşeder. Eski devirlerde bazı hukuklar, bu ehliyeti herkese tanımadığı için hak sahibi olmayan insanlar, köleler mevcuttu."

221 Bkz. Taftâzâni, *et-Telwih*, s. 726.

222 Molla Hüsrev, *Mir'at*, 591.

lifin de haklara ehliyetin de sebebi, teklif için şart olan akıldan başka bir şey olmalıdır. Bu ise, sırf insan için sözkonusu olan - ve onun hem meleklerden farklı olarak şehvet ve gadap gibi "kuvvetler"e; hem diğer canlılardan farklı olarak "akıl"a sahip olarak yaradılmış olması özelliğine dayalı- mükellefiyete ve haklara ehliyete "elverişlilik" demek olan mukavele (zimmet)'den başka bir şey değildir.

O halde tek başına akıl, haklara ehliyet ve teklif için yeterli değildir. Haklara ehliyet için akıl şart olmakla beraber "zimmet" esastır.

Buna göre her insan, yaradılıştan haklara ehil; hürriyet, emniyet (ismet) ve mülkiyet haklarına sırf bir insan olması itibariyle sahiptir.

İslam Hukuku açısından bu haklar, ceza ve mükafatın kişiye ait olmasını tayinde rolü olan "zaruri" haklardır. Bu haklara sahip olmayan kimsenin sorumluluğundan da söz edilemez.

Halbuki insanın dünyada geçen hayatı, onun için bir "imtihan" olduğuna göre[223] sınav sonuçlarının kişiyi tam bağlaması için hareketlerinde bir baskı (cebr) altında bulunmadan tam serbest (hür); hayatından emin (ısma) ve şahsi ihtiyaçlarını sağlama hakkı (mülkiyet) tanınmış olmalıdır.

Görüldüğü gibi İslam Hukukçuları, hakları, insanın "insan" olarak yaratılmış olma özelliğinden gelme "metafizik mukavele" (zimmet) ye dayandırmaktadırlar. Gerçi bu aynı zamanda insana bahşedilen "akıl"la ilgilidir ancak "zimmet" olmadan sırf akıl bu manada haklara ehliyet için yeterli değildir. Zimmet hakların sebebi; akıl, gerek şartı durumundadır.[224] Bu sebeple, insandan başka bir yaratıkta "akıl"ın mevcut olduğu farzedilse, bu yaratık sırf "akıl" sebebiyle "emanet" in hamili (mükellef), dolayısıyla leh ve aleyhine olarak haklara ehil sayılmaz.[225]

Bu itibarla metafizik mukavele ile Allah'ı Rab olarak tanımış her insan, insan olması itibariyle zimmet sahibidir: Hürdür; masumdur. Ve bunların dünyada pratik bir anlam ifade etmesi için eşyaya malik olma (mülkiyet) hakkına sahiptir.

---

223 Bkz. Mülk Sûresi, 2: *"O ki, ölümü de hayatı da, hanginiz daha güzel amel işleyecek, onu sınamak maksadıyla, yarattı."*

224 Krş. *Mir'ât,* s. 591.

225 Krş. Taftâzâni, *Telwih,* s. 727.

İslam Hukukunda bu husus, İslam Hukukçularının sadece metafizik mukaveleden çıkardıkları bir nazariyeden ibaret değildir. Bu haklar İslam Hukukunun temel kaynakları Kitap (Kur'an-ı Kerim) ve Sünnet (Hadisi Şerifler)'de -mülkiyetin meşruiyyeti bahsinde[226] gördüğümüz gibi- tafsilatıyla mevcuttur. İslam Hukukçularının "zimmet"i tetkik münasebetiyle yaptıkları iş, bu hakların dayandığı nazariyeyi tesbit etmekten ibarettir.

Dikkat edilirse görülür ki, 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Beyannamesinin birinci maddesi ile 1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları beyannamesinin 2'nci maddesinde yer alan[227] ve Batı dünyası için ancak o tarihlerden itibaren "insan hakları" olarak telakki edilen bu hakları İslam Hukukçuları, -Hz. Peygamber (s.a.v.)'in değişik kelimelerle aynı manayı ifade eden "veda" hutbesi bir yana- en geç XI. yüzyılda[228] "el-Hurriyye" (Hürriyet), "el-İsme" (ismet, güvenlik hayat) ve "el-Malikiyye" (mülkiyyet) şeklinde, aynı terkipte ifade ederek, bu beyannameleri, en az sekiz yüzyıl geçmişlerdir. Üstelik, Batının ancak XIX. yüzyıl sanayi kapitalizminin kötü sonuçlarını gördükten sonra farkettiği ve XX. yüzyılda benimsemeye başladığı: "Sahibine haklar bahşeden mülkiyetin vazifeler de yüklediği" ilkesi, İslam Hukuk Düzeninde, -çok geniş kapsamlı "nafaka" mükellefiyeti ile humus ve fey' bir yana- "zekat" adı altında temel ibadetler arasında -aynı zamanda paradan davara ve toprak mahsullerine kadar bütün mallara şamil ve devlet eliyle toplanıp hak sahiplerine (muhtaçlara) dağıtılması gerekli, orijinal bir vergi şeklinde-[229] yer almış bulunuyordu.

5- Bazı Mülahazalar

Açıklamaya çalıştığımız metafizik mukavelenin felsefi ifadesi şöyledir:

İslam Hukukunun bütün dini, hukuki, medeni ve sosyal nazariyelerini dayandırdığı bir "metafizik mukavele" (zimmet) nazariyesi vardır. Dolayısıy-

---

226 Bkz. s. 121-148.

227 Bkz. Dr. M. Aydoğan Özman, *İnsan Hakları ile ilgili Temel Metinler,* Ankara 1967, s. 7-10; 10-13.

228 İslâm Hukukçuları arasında bu formülün sahibi olarak bilinen Kadı Ebû Zeyd ad-Debbûsi'nin vefat tarihi 428/1062'dir.

229 Bkz. "Mülkiyetin ödevleri" bahsimiz s. 260, vd.

la İslam Hukukunda “hürriyet”, “masumiyet” ve “mülkiyet” nazariyeleri bu “zimmet” nazariyesine dayanır.[230]

Buna göre yaradılıştan beri insanların yaradanları karşısındaki vaziyetleri, kulların efendileri karşısındaki vaziyeti gibidir. Bu hakikat fıkha göre kat’i ve nakli sarahatle sabittir. Bu münasebetle şu ayeti zikrederler: “Elestü birabbiküm? Kâlû Belâ” (Ben sizin efendiniz değil miyim? Evet! dediler).[231] İnsan ile Allah’ın münasebeti efendi ile kölenin münasebetidir. Metafizik bakımından insanların hali bir nevi kulluktur. Bunu ifadeye mahsus olan tabir de “kullar” (abd, ibad) tabiridir. Fakat bu metafizik kulluk yeryüzündeki mutlak hürriyetin bekçisi ve koruyucusudur. Vakıa, insanlar kendi kulluklarını kabul etmek suretiyle Allah’a karşı bazı mükellefiyetler, bilhassa iman ve ibadet mükellefiyetlerini kabul etmiş oluyorlar. Bu ibadetleri ifa etmek bir “mükafat” bunları ihmal etmek de “ceza” yı icabettirir. Birincisine vaad İkincisine va’id diyorlar.

“Mükafat” ve “ceza” ise ancak hür bir suretle kabul ve icra edilmiş olan fiillerde sözkonusudur. Demek ki, insan nev’inin Allah’a karşı gördüğü “vazife”ye karşılık Allah da ona “akıl” ve “cüz’i irade” hakkını bahşetmiştir.[232] Şu halde İslam Hukukunun hürriyet nazariyesi bir vazife - hak sistemine, Al-

---

230 Krş. Ülken, Hilmi Ziya, *İslam Düşüncesi,* İstanbul 1946, s. 81: “İslam Hukukunun bütün mukavele, mülkiyet ve mesuniyet nazariyelerini istinad ettirdiği bir bir hürriyet nazariyesi vardır.” Görüldüğü gibi merhum hocamız, bu nazariyenin “hürriyet” nazariyesine dayandığını söylüyor. Halbuki yukarıda açıkladığımız gibi İslam Hukukçularına göre “hürriyet” de dahil bütün nazariyeler “metafizik mukavele” nazariyesine dayandırılmaktadır. Esasen bu ilk cümleden sonraki açıklamalarında hocamız da “hürriyet” dahil hepsini “metafizik mukavele” ye dayandıracak ifadeler kullanmaktadır. Mesela s. 83’teki ifadeleri: “Hukuki şahsiyete sahip yani” “zımmi” olduğu hür, masun, dış aleme tasarruf kudretinde bulunduğu için insanın...”

231 A’raf Sûresi, 172.

232 Yukarıda (s. 185 vd.) gördüğümüz gibi bu daha güzel ve kapsamlı olarak şöyle ifade ediliyor: “Allah insanları Ahzâb Sûresi 72. ayetinde bildirilen “emanet”i yüklenmek üzere yarattığından ona leh ve aleyhindeki haklara “elverişli” (ehil) olabilmesi için “akıl” ve “zimmet” bahşetmiş, öylelikle insan haklara “ehliyet” (selahiyye) kazanmıştır. Kısaca “vazife” demek olan “emanet”i yüklenmekle aleyhine sabit olan bu haklara (vazifeler) karşılık insan, lehine haklar olan “ismet”, “hürriyet” ve “malikiyyet” haklarına sahip olmuştur. Bu haklar, yüklendiği “emanet” vazifesini yerine getirebilmek üzere kendisine ayrılan ömür boyunca “hayatını “güvenlik” içinde sürdürebilmesi için tanınmış “zaruri haklar”dır. (209 ve 210 numaralı dipnotlardaki kaynaklara bkz).

lah ile kulları arasında karşılıklı bağlılığa dayanmaktadır. Bu ise ilahi alemle beşeri alemin bir nevi "mukavelesi" demektir.

Allah ile insan arasında bir "vazife - hak" sistemi vardır: İnsanın Allah'a karşı yapmaya mecbur olduğu vazifeler vardır. Buna mukabil insanların da Allah'tan aldıkları birtakım hakları mevcuttur. Mükafat ve mücazat ancak hür hareketlerde mana kazanır. Allah insanın hür olabilmesi için ona akıl ve irade vermiştir.

Fakat aklın teklif ettiği her şeyi bedenin ifa etmesi için, bu bedenin her türlü ikrah (contrainto'tan masum ve muhtar autonome) olması lazımdır.

Fıkıh, mutlak felsefesine ve metafiziğe dayanır. Mukavele nazariyesini de doğrudan doğruya metafizikten çıkarır. Çünkü fıkıhta insanın Allah karşısındaki vaziyeti bizzat "külli" akıl olan Allah'ın onun bir parçası, yani "cüz'i" akılla münasebete girişmesiyle mümkündür. Bu münasebet cüz'ün külle vazife ile teveccüh etmesini ve küll'ün cüz'e haklar bahşetmesini icabettirir.

Fıkıh sistemi Roma Hukuku ve Kant'tan aynı derecede ayrılır. Roma Hukuku objektif harici haklar kabul eder; ve hareket noktası "hak" mefhumudur. Kant ise yalnız menşei mutlak olan bir "vazife" prensibini kabul eder. Kant'ın hukuk nazariyesi ahlakının bir faslıdır. Fıkıh sistemi karşılıklı vazifeler ve haklar sistemidir. Her hak bir vazifeyi, her vazife bir hakkı icabettirir. Bu adeta bugünkü dile çevrilirse fertle cemiyet arasındaki bir karşılıklığı kabul etmek demektir. Vakı'a asıl olan vazifedir. Fakat bu derhal yine aynı prensip neticesi olarak vazifenin ifa edilebilmesi için lazım gelen "hürriyet" şeklini almıştır. Yani fıkıh felsefesi Ziya Gökalp gibi "gözlerimi kaparım, vazifemi yaparım" demez; vazifeyi yapmak için gözlerimin açık olması lazımdır.

Fıkhın ikinci olarak kabul ettiği ismet prensibidir. Allah insana hürriyetten sonra ismet hakkını bahşetmiştir. Efendisine (Rab) karşı vazifesini görebilmek için insanın hayatından emin olması lazımdır. Bu, modern telakkide "masumiyet" yani insan şahsının ve onun teferruatının masumluğu (dokunulmazlık) hükmüne karşılıktır.

Nihayet son olarak Allah, insan nev'ine, dış aleme ait eşyayı serbestçe kullanmak imkanını vermiştir. Bu suretle insan, sırf Allah'ın kulu olması ve ona layık bir mevcut olabilmesi dolayısıyla eşyaya -kendine lazım olduğu gibi-

tasarruf ve dış aleme ait şeyleri kullanmak haklarına maliktir. İşte bu ezeli ve metafizik mukavele neticesinde elde edilen tasarruf hakkı insanı diğer mahlukların üstüne yükseltir. İnsanın kendinden alınamayan bir takım hakların hem mevzuu (objet), hem nefsi (sujet) olmasının sebebi budur.

Hukuki şahsiyete sahip yani *"zimmet"e* malik olduğu; hür, masum ve dış aleme tasarruf kudretinde bulunduğu için insanın bütün dünya hayatı sübjektif ve objektif bir hürriyet prensibi ile sağlamlaştırılmıştır. Sübjektiftir, çünkü, kendi nefsine ait hürriyetleri vardır. Objektiftir, çünkü, eşyaya tasarruf eder. Kendi cinsdaşlarıyla münasebetinde prensibi sosyal hürriyet olur. Allah'a karşı vazifelerinde metafizik manada hürriyet olur. Buna "ihtiyar" (autonomie) denir. Eşya ile münasebetinde bu prensip hür tasarruf yani ibaha (permission) olur. Burada eşyanın insanlara mubah olması esası çıkar.[233]

Zimmet nazariyesinin felsefi ifadesini *"İslam Düşüncesi"* adlı eserinden naklettiğimiz merhum hocamız Hilmi Ziya Ülken'in bundan sonraki mülahazaları şöyle devam ediyor:

Bu metafizik esasların neticesi olarak insani hukuku insanlar tahdid edemezler. Allah'ın herhangi bir kulu, diğer kulların haklarını nasıl tahdid edebilir? Bunu yapmak için ancak kendi nakıs aklı ile mutlak olan hayır ve şer hakkında hüküm vermelidir. Bu da imkansızdır. Beşeri haklara ait olan herhangi bir tahdidi evvela fıkıh ittiham eder, din mahkum eder. Bazı şeyleri emir ve bazı şeyleri nehyetmek hakkını insanlara yalnız Hıristiyanlık vermiştir. Kur'an der ki: Biz Müslümanlar aramızda Allah'tan başka hakim tanımıyoruz.[234] Dinde rahiplik yoktur (la rahbaniyyete fi'ddin). Emir ve nehy vazeden insan ise rahiptir. Bir Hıristiyan Hz. Muhammed'e:

---

233 Ülken, Hilmi Ziya, age. s. 81-83.

234 Bu, düşünce olarak doğrudur. Ancak, böyle bir ayet yoktur. Bu ifade, Usul-i Fıkh'ın belli başlı konularından biri olan "Hakim" ile ilgili tarifin Türkçesi kabul edilebilir. "al-Hâkimu huwa'llah", yani hüküm vaz'etme, bir fiilin iyi veya kötü (husn, kubh) olduğuna hükmetmek, Ancak Allah'a aittir. Onun hükümlerini bilme hususunda ihtilaf baş gösterir ki mu'tezileye göre akıl, Eş'ariyyeye göre nakil (vahy); Maturidiyyeye göre her ikisidir.

—Biz rahipleri kabul ediyoruz, fakat onlara ibadet etmiyoruz, demiş. Peygamber de şöyle cevap vermiş:

—Siz onların emir ve nehyini kabul ediyorsunuz, o halde ibadet ediyorsunuz, demektir. Allah'tan başka kimseden emir ve nehy kabul edilmez.[235]

İslam akidesinde emir ve nehy sistemi metafizik mahiyette olan ilahi nizamın içindedir, dışında değildir. İlahi sisteme göre insanların eşyaya tasarrufu mubah olduğu gibi müşterektir. Metafizik sistemin zaruri neticesi mebde'inde tam bir komünizm olarak görünür. Bütün insanlar müsavi haklara maliktir. Hiç birisi diğerinden fazla hakka sahip olamaz. "Bu benimdir" demenin imkanı yoktur. Böyle bir hal "ibaha" prensibini çiğner. Çünkü başkalarına haram olan şeye tecavüz demek olur. Fakat yine fıkıh felsefesi, diğer bir takım ilahi delillere dayanmak suretiyle metafizik tahdidlerin mevcut olduğunu kabul eder. Yani -ona göre- insan kendisini tahdid edemez. Allah tahdid eder.

Bu noktada fıkıh doktrinleri arasında ihtilaf vardır. Bazıları bu tahdidleri az bulurlar. Bazıları hududlarını genişletirler. Eğer bir şeyin kullanılması bir kısım insanlar için mübah, diğer bir kısım insanlar için haram ise böyle hallere "mülkiyet" denir. Mülkiyet, bir şeyi tek bir adamın hüküm ve iktidarına vermek, diğerlerini ondan men'etmek demektir. İslamiyette aslen mülkiyet yoktur. Mülkiyet istisna'i hallerde ve zaruretlerde zuhur etmiştir. Bu haller de daima metafizik prensiple izah edilmiştir. Fıkıh'a göre mülkiyetin fail illeti Allah'tır. Onu meşrulaştıran, dini kılan Allah'tır. Eğer bir şey şer'an bir adama tahsis edilmiş, diğer kulların onu tasarrufu tahrim edilmişse, bu sırf ilahi vazife ve hak sisteminin tahakkukunu kolaylaştırmak içindir.

Bu noktada fakihler ikiye ayrılır:

1- Mutezileye göre, Allah bazı insanlara daha büyük vazife yüklediği için onlara bu büyük vazifeyi görebilmek üzere daha çok hürriyet ve kolaylık bahşetmiştir. Bu, onların diğerlerinden fazla ibaha hakkına malik olması yani mülkiyet demektir. Bu izah tamamıyla rasyonalisttir.

2- Eş'arilere göre Allah'ın hikmetine nüfuz edilemez. Allah'ın niçin falan yerde ve falan insana daha fazla hürriyet verdiği ve onu istisna ettiği izah edilemez. O yalnız nass ile kabul edilir. Bununla beraber Allah bu hukuki hik-

235 Bkz. Tevbe Sûresi, 31'in tefsirinde Elmalılı, III, 2512.

metin fail illeti ise de, onun bir de adi illeti (cause occasionelle) vardır. İnsan zihni ancak duyumlar üzerine hükmeder. Duyumlar ise metafizik vak'aların doğuşunu tesbit etmekten acizdir. Şu halde biz duyumlarımıza göre hükmederek mülkiyeti anlamaya çalışırsak, mülkiyet bize bir zulüm, içtima'i tecavüz, adaletsizlik olarak görünür. O en büyük günahtır.

Bu noktada bir dipnot inen merhum Hocamız: "Prudhon'un "mülkiyet hırsızlıktır" fikrini hatırlatıyor. O'nun gibi burada da mülkiyet en droit bir de en fait tetkik edilmiştir; fakat onun tersine olarak fıkıh, vakı'ada mülkiyeti gasb, idealde meşru saymaktadır." dedikten sonra metin olarak devam ediyor:

"Bu işin içinden çıkmak için illetler arasındaki muvazilikten istifade etmek lazımdır. Şer'a ait nassları ifade eden her hükmün metafizik illeti yanında nasıl bir de duyumlara ait illeti varsa, hukuk sahasında da mes'ele aynıdır. Molla Hüsrev der ki: "Her fıkhi hükme karşılık olan bir adi illet (vesile) vardır. Acaba mülkiyet dediğimiz metafizik hadisenin beşeri vesilesi, adi illeti nedir? Fakihlere göre bu "ilk işgal"dir. Yani aslen bir kimse bir yerin sahibi değildir; fakat muhaceret veya istiladan sonra herkes bir yere yerleştiği zaman ilk önce yerleşen adamın diğerlerinden biraz daha geniş bir yer tutmuş olması, diğerlerinden fazla ve hususi tasarruf temin edebilir; çünkü bu adam orayı diğerlerinden fazla tanıyacak; eski halkı ve yenileri tanıştıracak, hatta orasını idare edecektir. Bu vazifeleri ona daha geniş bir hak imkanı verecektir." diyerek mülkiyetin iktisabına dair asli ve fer'i sebeplerin felsefesini yapmaya devam ediyor. Biz merhum Hocamızın mülahazalarını burada keserek bazı noktaların tahliline geçmek istiyoruz.

1- "İslam akidesinde emir ve nehy sistemi metafizik mahiyette olan ilahi nizamın içindedir, dışında değildir. İlahi sisteme göre insanın eşyaya tasarrufu mübah olduğu gibi müşterektir. Metafizik sistemin zaruri neticesi mebde'inde tam bir komünizm olarak görünür." (83. sayfasında) ve "İslamiyette aslen mülkiyet yoktur" (s. 84), "Mülkiyet bize bir zulüm, içtima'i tecavüz ve adaletsizlik olarak görünür. O en büyük günahtır." (s.84) dedikten sonra, dipnotta; "Prodhonun "mülkiyet hırsızlıktır" fikrini hatırlatıyor" (s. 84 not 1) diyen merhum hocamız burada kanaatimizce çok önemli bazı iltibaslara düşmektedir, iltibasın kaynağı ise "ibaha" ve "eşitlik" kavramlarıdır.

Ona göre insanlara "mübah" olan eşya insanların, eşit olarak "müşterek malı" dır. Görüldüğü gibi "müşterek mübah" ile "müşterek mülk" mefhumu ayırt edilmemektedir. Halbuki "şirket-i ibaha" ile "şirket-i milk" arasında çok önemli farklar vardır. (krş. s. 59, not 201; s. 60, not 207).

Bir şey müşterek mülk ise, payları belli belirli ortakları var demektir. Bu durumda hiçbir ortak diğer ortakların rızası olmadan o şeyde istediği gibi tasarruf edemez.

Müşterek mubahta ise payı belli belirli ortaklar yoktur. Ortak istifade hakkına sahip insanlar vardır. Kim bu hakkını kullanmak isterse -başkalarına zarar vermemek yani başkalarının istifade hakkını ortadan kaldırmamak şartı ile- kullanır; mübahtan istifade eder. Bu istifadede eşitlik düşünmek, hatta teorik olarak bile mümkün değildir. Önce, eşitliğin prensibi konamaz. Eşitlik neye göre olacaktır. Herkesin ömrü eşit olmadığına göre iki gün yaşayacak insana da yüz yıl yaşayacak insana da eşit pay mı düşünülecektir? Niçin? Eşitlik haklarda ise her insan bu haklarda eşittir. Eşitlik bu hakların konularında ise bu tıpkı masuniyet hakkı konusu olan "hayat" ve "ömür" gibidir. Herkes eşit ölçülerde, eşit kabiliyette ve en önemlisi eşit ömürde yaratılmamıştır. Ömür, beden ve diğer yetenekler gibi mülkiyetin konusu olan mal da hakkın kendisi değil konusudur. Hakkın konusunda eşitlik ise ne metafizik mukavelenin ne de vazifenin gereğidir.

Esasen "hak"ta eşitlik -insanların kabiliyetleri farklı olduğundan- malda eşitsizliğin sebebi olur. Kaldı ki mübah şeylerin hepsi hava ve su gibi istifadeye hazır halde ve bol miktarda değildir. Hazır olanlar da dalından koparılmaya, kaynağından alınıp taşınmaya mevsimden mevsime saklanmaya muhtaçtır. Konu, bir depodaki hazır malın dağıtımı meselesi değil ki günlük veya öğünlük olarak karne ve benzeri usullerle eşit olarak dağıtılsın. Mübah nimetler, üretilmeye, işlenmeye muhtaç nimetlerdir. Bunları eline geçiren, üreten, işleyen bunlara sahip olur.

Nitekim Merhum Hocamız da "işte bu ezeli ve metafizik mukavele neticesi, elde edilen tasarruf, insanı diğer mahlukların üstüne yükseltir." diyor. Şayet bu tasarruf Hocamızın dediği gibi "kendine lazım olduğu gibi" ile kayıtlı bir tasarruf ve bir kullanmadan ibaretse ve "bu benimdir" demeye imkan yoksa, - diğer canlılar da eşyaya kendilerine lazım olduğu gibi tasarruf ettiklerine

ve kullandıklarına göre bu hak, insanı diğer canlılardan ayıran ve onlarına üstüne yükselten nitelikte bir hak olmaz.

O halde herkes gibi kendisine de mübah olan eşyadan her insan -başkasına zarar vermemek şartıyla- dilediği kadar nasibini aramaya çalışabilir; bazı şeylere meşru yoldan "bu benimdir" diyebilir.

Gerçi bazı şeylere bu benimdir diyebilme hususunda İslam metafiziğinin birinci derecede kaynağı olan Kur'an-ı Kerim'de -"Mülkiyetin Meşruiyeti" bahsinde gördüğümüz gibi- deliller mevcuttur. Hocamız da bunu ifade etmektedir. Ancak, ayrıca deliller mevcut olmasa da bizzat bu "metafizik mukavele" her insana mübah olan eşyadan bazılarına "bu benimdir" demeye mani değildir. Aksine bu mukaveleden "ibaha" değil "mülkiyet" hakkı çıkmaktadır.

Merhum hocamızın bir diğer yanılgı noktası da Mu'tezile ve Eş'ari mekteplerinin anlayışlarının tefsirindedir.

Mu'tezilenin: "Allah bazı insanlara daha büyük vazife yüklediği için, onlara bu büyük vazifeyi görebilmek üzere daha çok hürriyet ve kolaylık bahşetmiştir. Bu onların diğerlerinden fazla "ibaha" hakkına malik olması, yani "mülkiyet" demektir dediklerini;

Eş'arilerin ise: "Allah'ın hikmetine nüfuz edilemez. Allah'ın niçin falan yerde ve falan insana daha fazla hürriyet verdiği ve onu istisna ettiği izah edilemez. O yalnız nass ile kabul edilir. Bununla beraber Allah bu hukuki hikmetin fail illeti ise de, onun birde adi illeti (cause accasionelle) vardır. İnsan zihni ancak duyumlar üzerinde hükmeder. Duyumlar ise metafizik vak'aların doğuşunu tesbit etmekten acizdir. Şu halde biz duyumlarımıza göre hükmederek mülkiyeti anlamaya çalışırsak, mülkiyet bize bir zulüm, içtimai, tecavüz, adaletsizlik olarak görünür. O en büyük günahtır" dediklerini söylüyor.

Hocamızın burada sözünü ettiği "Mu'tezile ve Eş'ari" görüşü, "iyilik" (husn) ve "kötülük" (kubh) konusunda "akıl"ın "hakimiyet" i ile ilgilidir.

Mu'teziliye göre "iyilik" ve "kötülük", "nakl" (nass)'a muhtaç olmaksızın, akılla bilinebilir. Neyin iyi (hasen) neyin "kötü" (kabih) olduğunu akıl kestirebilir. Esasen "iyilik" ve "kötülük" yaratılıştan iyi ve kötü olarak mevcut olup Allah'ın iradesi onları açıklama yönünde tecelli eder.

Eş'arilere göre ise, iyilik ve kötülük yaratılıştan iyi ve kötü olarak mevcut değildir. Allah'ın iyi dedikleri iyi; kötü dedikleri kötüdür. Nelerin iyi, nelerin kötü olduğunu nakil (nass) olmadan akılla bilmek mümkün değildir. Akıl, Allah'ın bildirdiklerini anlama vasıtasıdır.

Bu arada Maturidi görüşün "orta" (mutavassıt) görüş olduğunu hükümleri mutlak surette aklın bilmesi mümkün olmasa bile özellikle Allah'ın varlığı ve birliği konularını bilme güç ve kabiliyetinde olduğu; hükümleri bilmede aklın nakle muhtaç olduğu merkezinde olduğunu kaydedelim.

Hocamız Hilmi Ziya Ülken Merhumun sözünü ettiği mu'tezile ve Eş'ari görüşünü, bu iki mektep arasındaki münakaşanın özü olan bu açıdan değerlendirdiğimizde görürüz ki, hadd-i zatında her iki okul da bir "hak" olarak telakki ettiği "mülkiyet"i kabul edip savunmaktadır. Fakat, Mu'tezile, rasyonalist bir izah ile konuya yaklaşmakta, Eş'ariler ise, haddi zatında meşru bir "hak" olan "mülkiyet"in, rasyonalist açıdan bakıldığında, duyumlarımızın tesiri ile bize "en büyük günah" olan bir "zulüm, içtimai tecavüz ve adaletsizlik" olarak görünebileceğini, dolayısıyla aklın mutlaka "nakl" (nass)'a muhtaç olduğunu savunmaktadırlar.

O halde, Eş'arilerin görüşü ile Prudhon'un görüşü arasında bir benzerlik kurmak yanlış olur ve fıkha göre mülkiyetin vakı'ada gasb, idealde meşru olduğu söylenemez.

Fıkha göre mülkiyet, bir "hak" olarak meşrudur. Elde edilen mal mülk ise, meşru surette elde edilmişse vakı'ada da meşru idealde de meşrudur. Gayri meşru surette elde edilen mal-mülk ise vakı'ada da gasb, idealde de gasbdır.

IV. MÜLKİYETİ KAZANMA YOLLARI

İslam Hukuk Sistemi, mülk edinme (temellük) konusuna getirdiği kayıtlarla, mülkiyet müessesesine önemli bir özellik kazandırmıştır: Meşruiyyet.

İslam Hukuku'nun tanıdığı ve koruduğu mülkiyet, meşru (helal) mülkiyettir.

İslam Hukuku'na göre bir mülkiyetin korunması için o mülkiyet meşru yollardan kazanılmış olmalıdır. İslam Hukuku diğer hukuk sistemlerinin de pratikte olmasa bile teoride birçoklarını gayrimeşru saydığı hırsızlık, rüşvet, dolandırıcılık ve gasb gibi, esasen herkes tarafından, en azından nazari planda gayrimeşru sayılan kazanç yollarından başka, ötedenberi bilinen en önemli kazanç yollarından biri olan "faiz"i gayrimeşru (haram) saymak suretiyle, mülk edinmeye önemli bazı sınırlamalar getirirken meşru kazanç yollarını çoğaltmak suretiyle hem herkesin az veya çok mülk sahibi olmasının hem de aynı zamanda bir dağıtma aracı olan bu mülk edinme yolları ile servetin, daha yaygın biçimde dağıtılmasının mekanizmasını kurmuştur.

Mülk edinmenin çeşitli yolları vardır. Onları ayrıca göreceğiz. Önce, bir çok sistem ve düşünürlere göre mülkiyet hakkının dayandığı prensip olarak değerlendirilen, İslam Hukuku'na göre ise sadece mülk edinme yollarından sayılan "işgal" ve "emeği" inceleyelim.

A) İşgal

Roma Hukuku'ndan beri bilinen ve zamanımızda da varlığını sürdüren bir nazariye vardır, mülkiyetin aslen iktisabı için: İlk işgal.

Hatta bu, yerinde gördüğümüz gibi, sadece iktisap yolu değil, aynı zamanda mülkiyet hakkının kaynağıdır. İslam Hukuku açısından bakıldığında

ise, bu ilk işgal, sadece mülkiyeti aslen iktisabın bir sebebidir. Yerinde geçtiği gibi İslam Hukuku, insana, mülkiyet hakkını, insan olma özelliği sebebiyle tanımıştır. Diğer bir deyişle insan insan olduğu için mülkiyet hakkına sahiptir. Ancak bu hakkın, temelde bütün insanlara, ortak olan konularına sahip olabilmesi için bazı sebepler gereklidir. Hilmi Ziya Hocamızın tabiri ile "illetler arasındaki muvazilikten" istifade edilecektir. İlk işgal bu sebeplerden biridir.[236]

İslam Hukuku'nun "ilk işgal"e ait farklı hükmü bundan ibaret değildir. Diğer bütün hukuk sistemlerinde, Roma Hukukundan beri gayrimenkul dahil, mülkiyet hakkı sebebi sırf "ilk işgal" iken İslam Hukuku'na göre menkullerde "işgal" (ihraz, sebku yed, ilk ele geçirme) özel adı ile mülkiyetin sebebi olarak yeterli iken arazi mülkiyeti bahsinde tafsilatını göreceğimiz gibi gayrimenkulde sırf işgal yeterli görülmemekte, buna "ihya" şartı eklenmiş bulunmaktadır. İhya ise sahipsiz ölü arazinin ya zeminini temizlemekle, ya su ulaştırmakla yahut kazıp taşını ayıklamakla -arazinin durumuna göre ne ile olacaksa o yolla- "işlenebilir" durumuna getirilmesidir. (Mecelle md. 1275-1276) Ayrıca işgal, "meşruiyyet" kaydı ile kayıtlıdır. Meşruiyyetin ilk şartı, sahipsiz olmasıdır. İhya yolu ile elde edilecek araziyi Mecelle 1270. maddesinde tarif eder: "*Araziyi mevat ol yerlerdir ki, kimsenin mülkü ve bir kasaba ve karyenin mer'ası ya muhtatabı yani baltalığı olmadığı halde aksayı umrandan ba'id ola. Yani kasaba ve karyenin en kenarındaki hanelerinden cehirrussavt olan kimsenin sadası istisma olunmaya.*" Demek ki mevat bir yerin ihya ile iktisap edilebilmesi için,

a) Kimsenin mülkü olmayacaktır,

b) Kasaba veya köyün mer'a veya baltalığı olmayacaktır.

c) Kasaba veya köyden uzak olacaktır. O kadar ki kasaba veya köyün en kıyısındaki evden yüksek sesle bağıran bir kimsenin sesi duyulmayacaktır.

Kısaca, hukukun tayin ettiği şekilde meşru bir işgal ve ihya olacaktır.

Mülkiyeti elde etmek için meşruiyyet temel ilkesinden hareket eden İslam Hukuku, "gasb" şeklindeki haksız işgali mülkiyet sebebi saymadığı gibi, bir iktisabi müruru zaman (kazandırıcı zamanaşımı) da kabul etmez. Fıkıh kitaplarında görülen 10, 15 veya 30 senelik zamanaşımı meseleleri, sırf kaza

236 Krş. Ülken, age. s. 85.

açısından yapılan düzenlemelerdir. Yoksa mahkeme kabul etse de etmesede hak kiminse onundur. Aradan 30 değil yüz sene geçse bile fiili durum hakkın sahibini değiştirmez.[237]

Sahipsiz (mubah) menkul mallar ise "kimsenin eline geçmemiş bir şeyi kim ilk önce ele geçirirse o şey onun malı olur".[238] Hadisinde ifade edildiği gibi, "ihraz" ile kişinin mülkiyetine geçer. Yeter ki temellük kasdı bulunsun.[239]

Toprak ve maden mülkiyeti bahislerinde göreceğimiz gibi zaruri ihtiyaç maddelerinin büyük bir kısmı üzerinde kaynak mülkiyetini kabul etmeyen İslam Hukuku, asli iktisap yoluna çok geniş bir sahayı açık bırakmıştır.

Görüldüğü gibi İslam Hukuku mutlak "işgal"i değil, arazi hakkında, ihya ile tamamlanan "meşru" işgali; menkullerde ise meşru ihrazı mülkiyet hakkı sebebi saymaktadır.

B) Emek

İslam Hukuk sisteminde emek, anlatmaya çalıştığımız bu asli iktisap yolları "ihraz" ve "ihya" nın yanında bir başka asli iktisap vasıtasıdır. Emek, John Locke (1632 - 1704)'dan itibaren teorik planda münakaşa edilmişse de Fransız İhtilaline (1789) gelinceye kadar hiç bir hukuk sisteminde tanınmamış ve ondan söz edilmemiştir.

Gerçi "ihraz" ve "ihya" son tahlilde "emek" sayılabilir. Hele İslam Hukukuna göre yapılan ihya, emekten ayrı düşünülemez. Ancak İslam Hukuk sistemi emeğe bunlardan da ayrı olarak bir iktisap vasıtası fonksiyonu tanır. İslam Hukuku'nda emek, temel kazanç vasıtalarından biridir. Üstelik kapitalist sistemde olduğu gibi sırf karşılığında belirli bir ücret; komünist sistemde olduğu gibi sırf boğaz tokluğu anlamında bir kazanç mukabili satılan bir nesne değil, emekle meydana gelecek kazanca ortak olma manasında bir kazanç vasıtasıdır.

İslam Hukuk sisteminin tanıdığı, başka hukuk sistemlerinde bilinmeyen bir müessese olan "mudarebe" bunu çok güzel açıklar: Bu müessse:

---

237 İbn Kavdar, *Netâic* (*Feth'ul-Kadir*'in Devamı), VIII, 281 v.d.; SCHACHT, age. s. 138.
238 *Ebû Dâvud*, İmâre, 36.
239 Bkz. Mecelle md. 1297, 1303.

Sermaye bir taraftan, emek diğer taraftan; zarar sermayeye ait; kar, anlaşmaya göre belirlenen nisbetlerde ortak olma ilkesine dayanır.

Hz. Peygamber devri uygulamalarına dayanılarak fıkıh kitaplarında ayrı bir bölüm halinde düzenlenen bu ortaklığın her iki taraf için risk ve avantajları vardır:

Zararın tamamına katlanmak sermayenin; kar edilmediği takdirde bedava çalışmış olmak emeğin riskidir.

Buna karşılık, kar etmezse ayrıca ücret ödememek emeğin; çok kar ederse çok pay almak sermayenin avantajıdır.

Görüldüğü gibi burada emek, ücret karşılığında satılan mal değil kazanç vasıtasıdır. İslam Hukuku'na göre emek, sadece kazanç vasıtalarından biri değil aynı zamanda en makbul kazanç vasıtasıdır: Hz. Peygamber (s.a.v.) *"Hiç kimse elinin emeğinden daha hayırlı bir lokma yemiş olmaz."*[240] buyuruyor. Ayrıca: *"Çalışınız, herkes kısmetini bulur."*[241] buyurmuştur. Abdullah b. Ömer'in: "En temiz kazanç hangisidir" sorusuna ise: "*Kişinin kendi elinin emeği, bir de dürüst ticaretin kazancı.*" cevabını vermiştir.[242]

İslam Hukukçuları arasında geçen içtihadi bir tartışma, İslam Hukukunda emek-mülkiyet ilişkisini bariz bir şekilde ortaya koyar:

Mes'ele: Bir kimse başkasına ait bulunan buğdayı, sahibinin izni olmadan ekse de buğdayın sahibi ekilen tohum çimen olduktan sonra veya ekin erdikten sonra durumdan haberdar olsa, kendi buğdayı tohum yapılarak meydana gelen bu ekin üzerinde bir hak iddia edebilir mi? Yoksa buğdayını gasb edenden sadece tohum olarak kullandığı buğdayı mı alacaklı olur?

İmam Şafi'i: Tohum buğdayın sahibi ekine el kor; çünkü onun mülkü olan tohum buğdaydan meydana gelmiştir. Nitekim buğday ekilince buğday biter, arpa ekilince arpa biter. Bir kimsenin kendi mülkünden doğan şey kendisine ait olacağına göre bu ekin de tohum sahibinin olmalıdır. Tıpkı ineğinin doğurduğu buzağı, ineğin sahibine ait olacağı gibi. Nitekim rüzgarın uçurduğu daneler, nerede biterse bitsin, biten ekin, tohumun sahibine ait olur.

240 *Buhârî*, Büyü, 15; Enbiya, 37.
241 *Buhâri*, Fedâil, 12; *Müslim*, Cihâd, 52; *Tirmizi*, Fiten, 36.
242 Ahmed b. Hanbel, 4, IV, 141.

Hanefiler: Bu mes'ele ineğin doğurduğu buzağıdan farklıdır. Evet, ineğin doğurduğu buzağı, ineğin sahibinin olur. Ancak ekin, tohum sahibinin değil, ekenin olmalıdır. Ekinin meydana gelmesindeki faktörleri göz önüne alıp değerlendirmek konuyu aydınlatır. Önce biliyoruz ki ekin, tohumun kendisi değildir. Tohum, insan yiyeceği danedir, onun toprakta çimlenmesinden sonra meydana çıkan ekin ise ilk bittiği anda hayvan yiyeceğinden ibaret çimendir, ottur. Bu, tohumdan tamamen ayrı özellikteki çimen - ekin'in meydana gelmesinde üç faktör mevcuttur. Tohum, toprak ve hava, bir de emek. Acaba bu ekin nasıl meydana gelmiştir. Tohumdan mı, toprak ve havanın gücünden mi yoksa ekicinin emeği ile mi?

Ekinin meydana gelmesini tohuma bağlayamayız; çünkü, tohumun kendisi, kendi varlığını sürdürmesinin bile illeti değildir. Tohumu kendi haline terk ediniz, üremez aksine çürür gider. Öyle ise kendi varlığını sürdürme durumunda olmayan tohuma, kendisinden başka bir şey olan ekini meydana getirmiştir demek mümkün olmaz. Toprak ve havanın kuvveti ise kendi başlarına irade ve ihtiyar sahibi olmayıp Allah'ın emrine musahhar güçler olduğu için, ekinin meydana gelmesini ekicinin emeğini hesaba katmadan toprağa ve havaya izafe etmek de mümkün değildir. Nitekim tarla yüzünde duran bir kap içindeki tohumu insan emeği veya rüzgar gibi başka bir sebep toprağa saçmadıkça onu toprak ve hava ekine çeviremez.

Görüldüğü gibi tohumu toprağa atma işi (amel, emek) ekinin meydana gelmesinde "şart" rolünü yüklenmektedir; zira, ancak insan işi (emek) dir ki tohumu toprak ve hava kuvvetleri ile bir araya getirir. Bir hükmün "illet"e izafesi mümkün olmadığı takdirde "şart"a izafe edilmesi ise kaidedir. Nitekim herkesin geçtiği yolda kazılan kuyuya bir kimse düşse de ölse bunun sorumluluğu kuyuyu kazanın kazmakta sarf ettiği ameline (emek) dolayısıyla kuyuyu kazana yüklenir. Halbuki kuyuyu kazan sadece kuyu kazma fiilini işlemiştir; fakat kuyunun kazılması ölümün meydana gelmesinde şart rolünü yüklenmiştir. Kuyu kazılmamış olsaydı düşme, dolayısıyla ona bağlı ölüm meydana gelmeyecekti. Kuyuyu kazmak ölümün illeti olmayıp illete benzediğinden bu durumda ölüm kuyuyu kazana "illiyet" noktasından izafe edilemeyeceğinden "şart"a izafe edilmiş olmaktadır. Tıpkı bunun gibi ekinin meydana gelmesinde "şart" rolünü ekicinin emeği yüklendiğine göre, ekin, ekici tarafından elde edilmiş olacaktır. Kazanç ise elde edene aittir. "Ve'l-Kesbu milkun li'l-

Müktesib". Bu durumda ekici sadece kendi işi olan ekme sebebiyle tüketilen (müstehlek) buğdayı (tohum) tazminle mükelleftir. Tohumdan fazla olarak elde edile buğday ekene ait ise de İmam Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre, kendisine helal ve hoş (tayyib) bir kazanç sayılmaz; çünkü tohum gasbedilmiştir. İmam Ebu Yusuf'a göre ise fazlası da ekicinin hakkıdır; Çünkü kendi kazancıdır. Fakat bize (İmam Ebu Hanife ve İmam Muhammed ile birlikte müellif) göre bunu edinmede başkasının mülkünü (milk li'l-Gayr) kullanmış olduğu cihetle bu kazanç karışık bir kazançtır. Sonra, hakikatte ve hükümde öyle olmasa da görünüşe göre üstelik başkasına ait olan bir tohumdan meydana gelmiştir. Nitekim karşı görüşte olanlar (İmam Şafi) bu noktayı savunmaktadırlar. Bu itibarla biz olayın dış görünüşü itibariyle diyoruz ki tohumdan fazlası ihtiyaten helal ve hoş olmaz. Bunu fukaraya dağıtmalıdır."

Bu mes'ele, bir kaide (asl) olarak tesbit edildikten sonra, gasbedilen çekirdek, fidan ve yumurtadan yetiştirilen ağaç ve tavuklar ile ilgili hükümler İncelenmektedir.[243]

Görüldüğü gibi "emek - mülkiyet" ilişkisi, bizzat mezhep imamları Ebu Hanife, Ebu Yusuf, Muhammed ve Şafi'i (r.a) tarafından, hatta bugünkü hukukçuların henüz ulaşamadıkları bir seviye ve incelikte tedkik edilmiş bulunmaktadır.

Emek - (kesb) - Mülkiyet ilişkisi, Kur'an-ı Kerim'de Mülkiyet bahsimizde geçtiği gibi Kur'an-ı Kerim'de ve az önce belirttiğimiz gibi hadislerde mevcuttur. Bunlara ilaveten görüyoruz ki, konu doktrinde de en ince noktalarına kadar işlenmiştir. Demek oluyor ki yaygın kanaatin aksine[244] İslam Hukuku'nda emek - mülkiyet ilişkisi bir tarihçi ve içtimaiyatçı olan İbn Haldun'un (1332 - 1406) temas ettiği bir husustan ibaret değildir. Yalnız burada hemen bir hususa işaret etmemiz gerekiyor: İslam Hukukçularının emeğe tanıdıkları hak, polemiğe açık değildir. Emek, kazançta pay sahibidir. Emek, ne inkar edilir, ne de kutsallaştırılır. Üretime katılan, emek payını alır. Dahası, emek, isterse tek başına üretimde bulunsun, İslam Hukuku'na göre, kazadaki hakkı yine bir "pay"dan ibarettir. Esasen her mal'da fakirlerin belli hakları bulunduğu gibi

243 Serahsi, *Mebsût*, XI, 95.
244 Güriz, Adnan, age. s. 64.

bu kazançta da, ama "zekat" olarak, ama "nafaka" olarak, başkalarının payı vardır. Dolayısıyla kazancın hepsi emek sahibinin değildir:

"*Erkekler için de çalışıp elde ettiklerinden bir pay vardır; kadınlar için de çalışıp elde ettiklerinden pay vardır*".[245] Dikkat edilirse ayette gerek erkeklerin gerek kadınların çalışıp elde ettikleri "kendilerinindir" denmiyor; "elde ettiklerinden bir pay vardır" buyuruluyor. Sonra, mudarebe ortaklığında gördüğümüz gibi, kazançta emeğin yanında "sermaye" de pay sahibidir. Ancak bu pay, kapitalist sistemde olduğu gibi "faiz" değil; sermayenin katlandığı zarara "risk" mukabil, kardan bir hissedir.

C) Mülkiyetin Diğer Kazanma Yolları

Buraya kadar mülkiyetin asli iktisap yollarından işgal ve emeği anahatları ile görmüş olduk. Şimdi de birçoğu emeğe dayanan diğer iktisap yollarını ayrı ayrı görebiliriz.

Tarifinde geçtiği gibi[246] İslam Hukuku'na göre mülkiyet, haciz ihtisas, yani, bir aidiyettir ki sırf bu hakkın sahibine mahsustur. Ve başkalarını ondan uzaklaştırma yetkisi vardır. Bu aidiyetin konusu ise "ayn" (maddi şey) olabileceği gibi menfaat ve hak da olabilir.

Roma Hukuku kaynaklı hukuk sistemlerinde ise mülkiyet ancak maddi şeyler üzerinde kurulabilir. Onun için mülkiyeti kazanma yollarında İslam Hukuku, diğer hukuk sistemlerinden farklılık gösterir. Çünkü İslam Hukuku'nda mülkiyet konularının çeşitliliği ölçüsünde elde ediliş yolları da çeşitli olacaktır. Ne var ki bu fark bazı konularda isim planında kalacak ve mesela İslam Hukuku'nda bir menfaat mülkiyeti sebebi sayılan ilişki diğer hukuk sistemlerinde "borç" ilişkisi sebebi sayılacaktır. Nitekim kira sözleşmesi (icare) İslam Hukuku'nda bir mülkiyet çeşidi olan "menfaat mülkiyeti"ni doğuran bir akit iken diğer hukuk sistemlerinde bu sözleşme bir borç ilişkisidir.

İslam Hukuk sisteminde ve onun temel kaynakları Kur'an-ı Kerim (Kitap) ve hadisi şeriflerde (sünnet) mülkiyeti elde etmenin yolları gösterildiği gibi gayri meşru kazanç yolları da bildirilmiştir Fıkıh kitaplarının çeşitli bahislerinde incelenen bu hususları bir kaç başlık altında toplamak mümkündür:

245 Nisâ Sûresi, 32.
246 Bkz. s. 110 v.d.

1- Mülkiyetin Şahsi Emek ve Gayretle kazanılması Yolları:

2- Mülkiyetin, işin içinde emek unsuru bulunmaksızın, hukuki yoldan iktasabı;

3- Mülkiyetin Mübadele Yolu ile Kazanılma Yolları.

Bunları sıra ile inceleyelim:

1- Mülkiyetin Şahsi Emek ve Gayretle Kazanılması Yolları:

a) Ziraati

b) Ticareti

c) Sanat ve benzeri konularda ücretli çalışmayı

d) Av ve odun gibi her türlü mubahın ihrazını bu başlık altında toplayabiliriz.

Bu işlere ait hukuki düzenlemeler, fıkıh kitaplarında:

1- Büyü' (her türlü alım - satım akidleri)

2- İcare (her türlü ücret sözleşmeleri)

3- Mudarebe (sermaye bir taraftan, emek diğer taraftan, zarar sermayenin, kar ortak ilkesine dayanan bir ortaklık)

4- Şirket (her türlü ortaklıklar)

5- Muzara'a (ziraat ortakçılığı)

6- Musakat (bahçe ortakçılığı)

7- Sayd (avbahisleri)

8- İhya ve Şirb (arazi açmak ve irtifak hakları), bahislerinde İncelenmektedir.

2- Mülkiyetin, İşin İçinde Emek Unsuru Bulunmaksızın, Hukuki Yoldan İktisabı:

a) Nafaka ve miras hakları,

b) Beytülmalde (hazine) toplanan zekat gelirlerinden istihkak

c) Çeşitli meşru mükafatlar bu başlık altında toplanabilir.

a- Nafaka ve Miras Hakları

Bu grupta yer alan bu kanuni iktisap yollarının meşruiyyetindeki hikmet ve maslahat açıktır.

Bunlardan Kur'an-ı Kerim'in Nisa Sûresi 7-12 ve 176. ayetlerine ve Hz. Peygamber ve ashabın uygulamalarına dayanılarak fıkıh kitaplarının "Feraiz" bölümünde düzenlenen "miras" ve Bakara Sûresi 233; Lokman Süresi 15 ve Talak Sûresi 7. ayetlerine ve veda hutbesine dayanılarak fıkıh kitaplarının "Aile Hukuku" (Nikah, Talak) bölümünde "nafaka" başlığı altında düzenlenen "nafaka" hakları, hak sahipleri ve mükellefleri belli haklar olup maslahatın (kamu yararı) gereği olarak, mirasın varislere geçmesinde ve nafakanın mustahaklara ödenmesinde mal sahibi ve mükelleflerin "rıza"sına bakılmaz.

Miras, kanunun (şeriat) gösterdiği varislere yine kanunun belirttiği nisbetlerde intikal edecek; nafaka da ya mükellef akrabanın gönül rızası ile yahut mahkeme kararı ile mustahakkına ödenecektir.

Nafaka, miras ilişkisi çerçevesinde aile için bir mali yükümlülüğü anlatır. Koca karısına karşı; baba oğluna karşı; oğul babasına ve dedesine karşı; kardeş kardeşine karşı... elinden gelen muhtaç yakınına nafaka mükellefidir ve bundan zenginlik de aranmaz. Ne kadar imkanı varsa onu yakınları ile paylaşacaktır.[247] Bu mükellefiyet miras karşılığıdır. Yani yakınlar nasıl birbirinin mirasçısı ise aynı şekilde birbirine karşı nafaka mükellefidirler.[248]

Miras, servet dağılımının en önemli unsurlarındandır. Bu dünyadaki ömrünü tamamlayan kimse, geriye az veya çok servet bırakırsa, o servet en yakından başlamak suretiyle sağ olan yakınlarına intikal edecektir. Bu insan hayatının tabii bir gereğidir. Bir kimsenin serveti varsa büyük bir ihtimalle nafaka mükellefiyetleri de vardır: Ya bakıma muhtaç eş ve çocukları yahut ana - baba kardeş, dede veya ninesi vardır. Sağlığında onlara bakmakla hukukan yükümlüdür. Veya ihtiyaç içinde ise yakınları ona bakmakla yükümlüdür. Bu itibarla yakınlarına "bakma" (nafaka) mükellefiyeti bağı ile bağlı kimse ölünce yakınları onun malına daha çok muhtaç hale geleceklerdir. Öyle ise en azından kalan servet onlara taksim edilmelidir. Nitekim bu noktaya işaret

247 İbnu'l-Humam, *Feth'ul-Kadir,* IV, 378, 410, 415, 419, 420.
248 İbnu'l-Humam, *Feth'ul-Kadir*, IV, 420.

buyuran Hz. Peygamber (s.a.v.): "Geriye mal bırakan olursa, malı varislerinindir. Bakıma muhtaç aile fertleri ve borç bırakan olursa onlar bana aittir, borç benimdir".[249] buyurarak mirasın hikmet ve felsefesini açıklamıştır.

Bu hadiste geçen ilke gözden kaçırılmamalıdır: Mal bırakmışsa varislerin olacaktır. Çünkü varislerin mal sahibini kaybetmeleri büyük ihtimalle büyük mahrumiyettir. Ölen, yakınlarına hem şahsen ve bedenen yardımcı bulunuyordu hem mal ile... Şimdi şahsen ve bedenen yardımcı olan aradan çıkmıştır. Yakınlarına sadece malı kalmıştır. Hiç olmazsa, bu, onların olmalıdır. Geriye muhtaç kimseler ve borç bırakmışsa o bana aittir, buyuruluyor. Hz. Peygamber aynı zamanda Devlet'i temsil ediyordu. Bu itibarla bu sözün Devlet'e aittir manasında olduğu açıktır. Yine açıktır ki birçok hukuk sistemlerinde gördüğümüz veraset vergisi bu ilkeye çok yabancıdır.

Veraset, sadece kalan yakınların ihtiyaçlarını savmakla kalmıyor, aynı zamanda serveti birden çok varis arasında bölmüş, dağıtmış da oluyor. Bu ise servetin belli şahıslar elinde dolaşan bir devlet olmasını istemeyen[250] İslam Hukuk Sistemi'nde önemli bir dağıtım mekanizması vazifesi görür.

Hiç varis bırakmayan kişinin son varisi ise Devlet Hâzinesi (Beytül-Mal)olur.

Miras mülk edinme yolları arasında orijinal bir yere sahiptir. Burada ne emek ne ihtiyaç ne ihraz ne işgal sözkonusudur. Burada belli mülk edinme yolları ile elde edilip geriye bırakılmış senvete haleflik (hilafet) yoluyla malik olma durumu vardır. Bu sebeple mülk edinme sebepleri arasıda mirasın ayrı bir yeri vardır.

Bu başlık altında saydığımız zekat ve fitre de emek unsuruna değil ihtiyaç unsuruna dayalı olarak mülk edinmenin, dolayısıyla servet dağılımının bir vasıtası olur.

b) Zekat ve Sadaka

Sadakalar ikiye ayrılır: Mecburi sadakalar (zekat ve fitre) ve ihtiyarı sadakalar (sair teberrular).

Sadaka prensip olarak fakirlerin hakkıdır. Fitre ve zekat ise netice itibariyle sırf fakirlerin hakkıdır.[251]

---

249 *Buhâri,* Nafakat, 15; *Müslim*, Feraiz, 15 - 17; *Ebû Dâvud*, Büyü', 9; *İbn Mace,* Feraiz, 9-13.
250 Haşr Sûresi (LIX), 7.
251 Tevbe Sûresi, 60.

Varlık sahipleri mallarından fukaraya ait olan kısmını ayırıp ihtiyaç sahiplerine ya bizzat yahut devlet eliyle ulaştırmak zorundadır. Muhtaç olan da kendisine ödenen bu maldan kendi hakkı olarak alır. Bunda Allah'tan başka hiç kimseye karşı minnet borcu altına girmez. Yeter ki hüsnüniyetli ve elinde olmayan sebeplerle cidden muhtaç bulunsun. Çünkü ayette, "Allah'ın size verdiği mallardan onlara da veriniz"[252]; "Onların mallarında sail ve mahrum için belirli bir hak vardır"[253] buyurulmaktadır.

c- Hibe ve Vasiyyet

Hibe ve vasiyyeti de bu bölümde mütalaa etmek uygun olur. Çünkü hibe de vasiyyet de ivazsız olarak mülkiyet geçirici bir tasarruftur. Malik malını dilerse bir başkasına karşılıksız olarak verebilir. O kişi de bunu kabul edip kendi mülkiyetine geçirebilir.

Hibe konusunda önemli bazı noktalara işaret edelim:

Önce bir akid olan ve hükümleri fıkıh kitaplarında müstakil bölüm halinde düzenlenen bu tasarruf hukuken caizdir. Herhangi bir sebebe bağlı olması şart değildir. Ancak, bir kimse akla, dine aykırı sebeplerle bu nevi tasarruflarda bulunuyorsa ve mesela ayı oynatana aklı başında bir kişinin vermeyeceği ölçüde bir bahşiş veriyorsa o kimsenin mali tasarrufuna hukuken müdahale edilebilir. Gerekirse mahkeme kararı ile kısıtlılık (hacr) altına alınabilir.[254]

Sonra hibe bir akid olduğu için ikinci şahıs kabul etmedikçe mal sahibinin (vahib) bunu sana bağışladım, senin olsun demesi ile mülkiyet ikinci şahsa geçmez. Hatta abdest almak için su bulamayan kimse, su alacak parası yoksa, suyu bağışlayan kimsenin bağışını kabule mecbur olmadığı için, kendisine su bağışı teklif edilmiş olmasına rağmen, teyemmüm edebilir. Bunu İslam Hukukçuları, insanın iradesi dışında minnet altına sokulmaması prensibi ile izah ediyorlar.[255]

Gerçi hibede işaret edilen manada minnet ihtimali de vardır; fakat çoğunlukla insanlar arasında iyi ilişkiler kurulmasının, sevgi ve saygı duygula-

252 Nûr Sûresi, 33.

253 Zariyat, 19; Me'âric, 25.

254 Hacr hükümleri de fıkıh kitaplarının müstakil bölümü halinde incelenir.

255 eş-Şâtıbî, el-Muvâfakât, II, 270.

rının pekişmesinin de önemli faktörlerindendir.[256] "Yarım elma gönül alma" atasözümüz bunu çok güzel anlatır.

Vasiyyet hibenin bir benzeridir. Muhtemelen daha samimi duygularla ve sağlığında hayri fırsatları telafi arzusunu tatmin hikmetine bağlı olan ve Kur'an-ı Kerim'in Nisa Sûresi 11 ve 12. ayetlerinde, mirasa göre öncelik verilen vasiyette de hibe gibi "kabul" şartı vardır. Esasen miras gibi bazı istisnalar hariç hiç kimse iradesi dışında olarak bir şeye zorla malik kılınamaz. Miras ise varisin iradesine bağlı olmaksızın mülkiyetine geçer.

d- Vakıf da vasiyyetin biraz daha uzun ömürlü ve sistemli bir teberru şeklidir. Vakfın mustahaklarından olmak da servetten pay almanın bir yoludur.

e- Ganimet, savaş gelirleri demektir ki İslamiyet yağmaları, iç harbleri yasaklarken, devletler umumi hukukunda her zaman mer'i olan manada harp gelirlerini müslümanlara mübah kılmıştır.[257] Bu da servetten pay alma (temellük) vasıtalarından biridir.

Bu başlık altında saydığımız mülk edinme yollarından ilk üçü yani nafaka miras ve zekat'ın şahsi gayretle, emekle hiç bir alakası yoktur. Her biri açık bir hikmete dayanan temlik ve temellüklerdir ki bunlardan miras ve bir ölçüde nafaka, diğer hukuk sistemlerinde mevcut ise de zekat müessesesi, sırf İslam Hukuku'na ait bir orijinallik arzeder. Mülkiyetin ödevleri başlığı altında ayrıca inceleme konusu yaptığımız için zekatı burada daha fazla izah etmeden sadece şu kadarını belirtelim ki bu müessese, "sigorta"nın hiç bilinmediği devirde en insani manada bir "ihtiyaç" sigortası hüviyeti ile ortaya çıkmıştır. Bu sandıktan yararlanmak için buraya aidat yatırmak gerekmediği gibi aksine buraya aidat yatıranlar bundan yararlanamazlar. O, varlıkların ödediği yıllık aidat (zekat), ile beslenen ve ondan sırf muhtaçlara ve dar gelirlilere ödemede bulunulan bir fon hüviyetindedir.

256 *Muvatta'*, Husnu'l-Huluk, 16: "Hediyeleşiniz sevişiniz...".
257 Bkz. Enfâl, 41.

f- Mükafatlar

Bu başlık altında sözünü ettiğimiz mükafatlardan kasdımız, Hz. Peygamber (s.a.v.) tarafından teşvik edilen ve fıkıh kitaplarında çoğunlukla "sibak" (yarışma) adı altında ayrı bölümde düzenlenen atıcılık, binicilik ve yüzücülük gibi faydalı sportif faaliyetlerde başarı göstereceklere ödenecek ödüllerdir.

İslam Hukuku bu nevi yarışmalara ait mükafatları kumar olmaktan çıkaracak kaideler koymuştur:

1- Yarışa girenler tarafından karşılıklı ödül konmayacaktır.

2- Ödül, üçüncü kişi veya kişilerce verilmelidir. Bununla beraber tek taraflı olmak şartıyla yarışmacı da mükafat koyabilir.

3- Yarışlar, bedeni ve ruhu geliştiren faydalı konularda olmalıdır.

4- Talih oyunları ve yarışanlar üzerindeki müşterek bahisler hiç bir faydası olmadığı ve üstelik kumar niteliğinde bulunduğu için gayrimeşrudur.

Emeğe dayanmayan kanuni iktisap vasıtaları arasında "ganimet" "ikta", "diyet", "lukata", "mehir" ve "Hul"u da kısaca tanımakta yarar vardır:

a- Ganimet

İslam'dan önce Araplar arasında ve diğer milletlerde çeşitli kazanç yolları mevcuttu. İslamiyet onlardan bazılarını büyük suç kabul edip reddederken bazılarını da benimsememiş ve haram saymıştır.

İslamiyet gerek Arap kabileleri gerek diğer toplumlar arasında görülen "iç savaş" niteliğindeki baskın ve yağmalar (garat) ile yine gerek Arap toplumunda gerek Roma sisteminde görülen borcunu ödeyemeyen insanı borç yüzünden köleleştirme gibi kötü gelenekleri reddetmiş; Roma Hukuku'nun son devirlerinde benimsenen ve Romanist Hukuk sistemlerinin tevarüs ettiği iktisabi müruruzamanı (mülkiyet kazandırıcı zamanaşımı) (Acquistive prescription) benimsememiştir.

Sözünü ettiğimiz iç harpleri, baskın ve yağmaları yasaklayan İslam Hukuk sistemi, gerektiğinde dış düşmanlarla savaşı caiz hatta duruma göre vatanın ve milletin varlığını korumak ve düşmanların düşmanlıklarını önlemek bakımından farz kılmış; böyle bir harpte ele geçen düşman malları demek

olan ganimetin büyük bir kısmını (4/5) harbe katılan gazilere taksim kılmıştır.[258]

Ganimet ile ilgili hükümler, fıkıh kitaplarının Cihad ve Siyer bölümlerinde incelenir.

Ganimet mallarının ihraz ile ilgisi açık olmakla beraber, ganimet mallarından alakonulacak beşte bir ve kamulaştırılacak toprakların gelirleri, emek unsuruna bakılmaksızın, mustahaklarına hukuki yoldan ödenecektir ki İslam Hukuk sistemi muhtaçlar için kurduğu zekat fonunun yanında içlerinde muhtaç kişilerin de yer aldığı kamu harcamalarına mahsus bir de bu fonu kurmuş bulunmaktadır.[259]

b- İkta

Hz. Peygamber'in ve ilk halifelerin uygulamalarına dayanılarak hükümleri fıkıh kitaplarında "arazi", "ihya", "şirb" veya "katayi" adı altındaki bölümlerinde düzenlenen "ikta"[260] kısaca devletin özel şahıslara bazı sahipsiz yani devlete ait arazileri kesime vermesi demektir. İmam Ebu Yusuf Kitabu'l-Haraç adlı eserinde ikta'ı umumi manada şöyle tarif etmiştir:

"Irak, Hicaz, Yemen, Taif, Arap toprakları ve diğer araziden hiç kimseye ait olmayan; üzerinde hiç kimsenin zilyedliği bulunmayan; kimsenin mülkü olmadığı gibi varisi de bulunmayan; üzerinde imar eseri de görülmeyen topraklardan bir kısmı veya hepsi devlet başkanı (imam, halife) tarafından bir kimseye ikta'an tahsis edilir ve o kimse o toprağı imar ederse o zaman bakılır: Eğer bu toprak haraca tabi bölgede ise toprağı işleyen haracını (vergi) verir. Haraç arazisi, sevad ve benzerleri gibi harple alınan arazilerdir. Eğer öşür bölgesinde bulunuyorsa, öşrünü verir. Öşür arazisi, halkı kendiliğinden müslüman olan arazilerdir. Hicaz, Mekke, Medine, Yemen ve diğer Arap topraklarının tamamı öşür arazisidir. Harple fethedilen memleketlerden halifenin muayyen şahıslara tahsis ettiği beylik arazi haraca tabidir. Ancak halife isterse onu öşre çevirebilir. Bu salahiyet onundur. Devlet başkanı haraç böl-

258 Enfâl Sûresi, 41.

259 Krş. Haşr Sûresi, (LIX), s. 123-129.

260 Bkz. Ebû Dâvud, İmâre, 36: *Tirmizi*, Katayi', H. No. 1380 v.d.; Ebû Ubeyd, *el-Emvâl*, s. 347 v.d. (676 - 701) md.ler); Yahya b. Adem, *el-Harâc*, s. 73 v.d. md. 742-757; Ayrıca Bkz. msl. *Bedâyi',* VI, 192.

gesindeki araziden bir kimseye bir arazi tahsis ettiği takdirde dilerse o araziyi öşür (1/10), bir buçuk öşür (1,5 /10), iki öşür (2/10) veya daha fazla miktarda öşür koyabileceği gibi dilerse harac koyar. Devlet başkanı bu bölgedeki arazi hakkında uygun gördüğü şekli tatbik eder. Bu konuda Devlet başkanına geniş salahiyet tanındığını ümit ediyorum. İzah ettiğimiz esaslar dairesinde dilediği gibi hareket edebilir. Ancak, Hicaz, Mekke, Medine ve Yemen arazileri bu salahiyetin dışındadır. Bu arazilerde harac cari olmaz. Halifenin bu arazilerin statüsünü değiştirmesi helal olmadığı gibi Resulullah'ın emir ve hükümlerinin tatbik şeklini değiştirmeye de hakkı yoktur.[261]

Dürüst bir şekilde adaletle hükmeden Devlet başkanlarından her kim sevad arazisi bölgesinden gerek Arap toprakları bölgesinden gerek dağlardan devlet başkanının yetkili olduğu mezkur nitelikteki bir araziyi bir şahsa tahsis (ikta') etmişse artık onlardan sonra gelen devlet başkanlarından hiç birisinin bu tasarrufu tanımamaya hakkı olmadığı gibi ister varis ister satın alan (müşteri) olarak zilyedliğinde bulunan kimsenin elinden alma hakkı da yoktur. Eğer bir devlet başkanı bir araziyi birinin elinden alıp diğerine tahsis yani ikta ederse o vali gasıb durumunda; birinden gasbettiğini diğer bir kimseye veren durumunda olur. Devlet başkanının, bir müslümanın veya bir zımminin hakkını alıp başkasına tahsis etmek hak ve salahiyeti olmadığı gibi, elinden almaya da hakkı yoktur. Böyle bir davranış kendisine helal olmaz. Meğer ki o kişi üzerinde devlet başkanı sıfatı ile hakkı olan bir alacağı veya bir sebep buluna. O takdirde bu alacağı sebebiyle elinden alıp dilediğine tahsis edebilir. Buna hakkı vardır.

Bana göre "arazi" mal gibidir. Nasıl İslam'a bir faydası dokunacak ve kendisiyle düşmana karşı kuvvet sağlanacak kimselere devlet başkanının hâzineden (beytül-mal) atiyye şeklinde ihsan etmek hakkı vardır ve bu hususta Devlet Başkanı müslümanlar için daha yararlı, müslümanların işine daha uygun gördüğü esaslara göre hareket ederse devlet arazilerinde de durum böyledir. Devlet Başkanı, tarif ettiğim nitelikteki arazilerden dilediği kimselere tahsis yani ikta edebilir.

261 Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, Selefiyye Matbaası, 5. baskı, Kahire 1396, s. 65; Krş. Ali Özek Tercümesi, s. 105-106 r. 5.

Demek ki İslam Hukuku'na göre kimsenin mülkiyetinde bulunmayan arazi Devletin tasarrufundadır. Ve Devlet bu arazileri belirli vergiler karşılığında vatandaşlara tahsis edebilir.

c- Diyet

Kısaca kan bedeli demek olan ve hata ile yani kasıtlı olmaksızın bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren kişinin, ölümüne sebebiyet verdiği kimsenin varislerine ödemek borcunda olduğu tazminata "diyet" denmektedir.

Hükümleri, Kur'an-ı Kerim'in Nisa Sûresi 92. ayetinde bildirilen diyet, fıkıh kitaplarının "Cinayat" bölümünde incelenir.

Adam öldürmek en büyük günahlardandır. Ebedi Cehennemlik olmaya sebep olan fiillerdendir. (Nisa 93). Üstelik maktulün varisleri affetmezlerse cezasını dünyada canı ile öder. (Bakara, 178, 179).

Nisa Sûresi 92. ayetinde bildirildiği gibi, mü'min olsa olsa hataen adam ölümüne sebebiyet verebilir.

İnsana çok önem veren İslam Hukuku ölümüne sebebiyet verilen kişi ister mü'min ister gayrimüslim, ister köle olsun. Bu cinayet fiilini cezasız bırakmamaktadır. Önce her günahta olduğu gibi tevbe gerekmektedir. Bu tevbe ancak bir köle azad etmekle, köle bulamazsa iki ay aralıksız oruç tutmakla yapılır. Bu tevbeye ilaveten ölümüne sebebiyet verdiği insanın bedelini ölenin ailesine (varislere) öder. (Nisa, 92).

Söz konusu diyet, bugünkü hukuk sistemlerinde gördüğümüz gibi, adamın yaşına ve mesleğine göre hesabedilen ve adamdan adama değişen bir meblağ değildir. Her insan için yüz devedir. Burada ölen'in "insan" olmasına bakılır; zengin, fakir, genç, ihtiyar, eşraf, avam oluşuna değil. Allah nezdinde Allah'a şirkten sonra en büyük günah adam öldürmek olduğu için İslam Hukuk sistemi, inanların adam öldürmelerine karşı tam caydırıcı tedbirler getirmiştir. Amden şibh amd ve hataen adam öldürme tafsilatı konumuzun dışındadır. Biz yalnız diyetin ödenmesi ile ilgili hususlara değinmekle yetineceğiz.

Diyet, ihtilafsız yüz deve; ikiyüz sığır veya bin koyundur. Para ile takdir konusunda ihtilaf edilmişse de görüşler on - on iki bin dinar civarında olmaktadır. Bir dinarın dört gram altın civarında bir miktar olduğu düşünülürse takriben 4-5 kg altın tutar.

Diyetin kasden adam öldürmelerde geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Onun için ya kısas ya af vardır deniliyor. Bu af ise dünya hükümleri ile ilgilidir. Pek ağır olan ahiret cezası ile ilgili değildir.

Hataen öldürmelerde ise bu meblağ ödenecektir. Hemen akla bir soru gelir. Bu kadar büyük meblağ gerçekçi midir? Böyle bir ceza, herkesi milyoner farzetme düşüncesine mi dayanıyor ?

Hayır, mesele öyle değildir. Bu miktar, gerçekçidir. Çünkü bunu sadece ölüme sebebiyet veren çekmeyecek, bu yükü onun "akile" denilen yakın çevresi bölüşecektir. Bu da bir başka hayat sigortasıdır.

İslam Hukuku'na has bu akile müessesesi, hiç bir hukuk sisteminin bilmediği bir müessesedir. Ferdin hata ile işleyeceği cinayetten yakın çevre, aile muhiti sorumlu olacaktır. Böyle bir sistemin uygulandığı yerde, yakın çevresi olan arkasına güvenip sorumsuz hareket edenler bu sefer arkasındakilerden aksi yönde bir baskı düşüneceklerdir. Kendi fertlerinden birinin sorumsuz davranışının cezasını birlikte çekeceklerini bilen yakın çevre de mensubu olan fertleri daha iyi eğitecek, yetiştirecek ve takip edeceklerdir.

Akile müessesesi Hz. Peygamber devrinde yakın aile çevresi iken, Hz. Ömer devrinde "divan" çevresi yani iktisadi çevre oldu. Aynı divana mensup olanlar "akıle"nin sorumluluğunu yüklendi. Bugün bu, parti, sendika, dernek vs. kuruluşlara yüklenebilir.

Demek oluyor ki diyet müessesesi, mülkiyetin iktisabında ve hatta elden çıkmasında önemli bir müessesedir. Çok büyük meblağda servet hareketini temsil ederken o nisbette de can güvenliğini garanti etmektedir.

Zamanımızda, özellikle trafik kazaları, hataen adam öldürmenin tipik misalidir. Trafik kazasında ölen adam başına 4-5 kg altın, bir parmağı kopan için 10 devenin değeri tazminata hükmedildiğini, bunun da ya sigorta şirketlerine, ya turizm şirketlerine, yahut en azından şoförün aile çevresine yükletildiğini düşünelim: Adeta insan mezbahası durumuna gelen yolların nasıl emniyetli güzergahlar haline geleceğini görür gibi oluruz.

d- Mehir

Mehir, akid sırasında konuşulmuş olsun veya olmasın İslam Hukuku'na göre nikah kıymakla kadın lehine koca üzerinde doğan bir borçtur. (Nisa, 20-

24); (Maide, 5); (Ahzab, 50); (Mümtehine, 10) ayetlerine ve Hz. Peygamber ve ashabının konu ile ilgili hadis ve uygulamalarına dayanılarak[262] fıkıh kitaplarının nikah bölümünde "mehir" (mahr) veya "sıdak" (sidak) başlığı altında incelenen ve bir adı da "sadakat" kökünden gelmek üzere "saduka" olan mehir, aile yuvasında yüklendiği fonksiyon sebebiyle büyük bir ihtimalle doğrudan iktisadi faaliyet imkanından mahrum olacak kadına bir lütuf olarak değil, bir hak olarak iktisadi imkan ve garanti sağlar. Önce fiilen iktisadi imkandır. Çünkü mehrin, mutlaka iktisadi değeri olan bir mal olmak mecburiyeti vardır. Ayrıca iktisadi garanti sağlar. Çünkü, nikahla mehir borçlanan koca ailenin iktisadi sorumluluğunu yüklenmeyi fiilen taahhüd etmiş olur. Hal icabı kadın da çalışabilir fakat evin geçimine hatta kendi şahsi masrafına kendi kazancını katmak zorunda değildir. Karısının her türlü şahsi masrafları dahil evin bütün iktisadi yükü kocanın sorumluluğundadır. İslam Miras hukukunda bir arada varis olan kız ve erkek kardeşlerin (ölenin çocukları) farklı pay almalarının izahı, İslam Hukukunun erkeğe yüklediği bu mali mükellefiyette aranabilir.

e- Hul'

Bakara Sûresi, 229. ayetine ve hadisi şeriflere[263] ve uygulamalara dayanılarak fıkıh kitaplarının "aile hukuku" (Nikah-Talak) bölümünde "hul'" başlığı altında incelenen ve kadının ödediği boşanma tazminatı manasına gelen hul', yuvasına bir türlü bağlanamayan ve dolayısıyla kocasına ve yuvasına karşı ödevlerini yerine getiremeyeceğinden endişe eden kadının boşanmak için kocasına teklif edip kocası bunu kabul ettiği takdirde yükleneceği bir borçtur.

Mehr'in ifade ettiği manayı az önce belirttik. Hul' tam bunun zıddı bir mana taşıyor.

Adam büyük ideallerle evlenmiştir. Evliliğe olan rağbetinin bir ifadesi olmak üzere -ki mehrin bir manası da budur- oldukça yüksek bir meblağ mehir ödemiş veya borçlanmıştır. Evlendikten kısa bir müddet sonra karısı geçimsizliğe başlamış ve "ayrılalım" demeye başlamıştır. İşte böyle bir durumda koca ödediği veya daha önemlisi borçlandığı mehrin hesabını yapma ihtiyacını duyabilir. Evlenirken kocaya mehir yükleyen; boşanma isteğinin kocadan

262 Bkz. Msl.: *Ebû Dâvud,* Nikâh, 29 H. No. 2105 - 2110; *Müslim,* Nikâh, H. No. 1426; *Nesai*, Nikah; *İbn Mâce*, Nikâh H. No. 1886.

263 Bkz. Msl. *Buhâri,* Talak 12; *Ebu Dâvud,* Talak, 18.

gelmesi halinde mehre ilaveten belli bir müddet için kocayı nafaka mükellefi sayan Kur'an-ı Kerim, boşanma isteğinin kadından gelmesi durumunda da kocaya bu hesabı hakkı tanımış; karısının bu yoldaki teklifi üzerine tesbit edilecek meblağı alabileceği bildirilmiştir. Yani kısaca erkeğin evlenirken mehir adı altında karısına karşı bir kısmı hemen ödenmek üzere mali mükellefiyet altına girmesine karşılık kadın, boşanma isteği kendisinden geldiği takdirde tazminatla yükümlü tutulabilecektir.

f- Lukata

Buluntu eşya demektir. Lukatayı soran kişiye Hz. Peygamber: *"Bir yıl müddetle onu ilan et, sahibi çıkmazsa, bulduğun şeyin cinsini, mikdarını, kabını ve diğer evsafını iyice tesbit ederek kendine harca. Sonradan sahibi çıkar gelirse ona borcunu ödersin."* cevabını vermesi üzerine soran,*"Ya Resulallah, kayıp koyun hakkında ne buyurursunuz?"* diye sorunca da *"Onu da al, çünkü o ya senin olacak, ya bir başka kardeşinin olacak, ya kurdun."* buyurdu. Soruyu soran devam etti: *"Ya Resulallah, kayıp deveyi ne yapalım?"* Bu soru Hz. Peygamberi sinirlendirmişti. O kadar ki elmacık kemikleri kızarmıştı, buyurdu: *"Deveden sana ne? Papucu ayağında suyu sırtında. Sahibi gelip onu buluncaya kadar ona bir şey olmaz."*[264]

Diğer bir hadisi şerif:

"Birinin kaybettiği şeyi (dalle) bulup kendi malına katan ancak şaşkın (dall) bir kişidir."[265]

Bu ve benzer hadisi şeriflere dayanılarak hükümleri fıkıh kitaplarının "lukata" bölümünde düzenlenen buluntu eşya konusunda iki noktaya işaretle yetineceğiz:

Bir kere bu müessese, İslam Hukuk sisteminin temel ilkelerinden olan "malın muhafazası" ilkesine dayanmaktadır. Koyunun buluntu eşya muamelesine tabi tutulmasını öğreten Hz. Peygamber'in deve hakkında buyurdukları bunu açıklar. Demek buluntu eşyayı almaktan ilk maksat, malın korunmasıdır. Hem de bir yıl gibi uzun sayılabilecek müddetle. Bu müddet bazı riva-

---

264 *Buhâri,* Lukata bahsi; *Müslim,* Lukata, H. No. 7; *Ebû Dâvud,* Lukata, 1; *Tirmizi*, Ahkâm, H. No. 1373.

265 *Ebû Dâvud,* Lukata, 1; Hadis No. 1720; *Müslim,* Lukata, H. No. *12; Nesâi* "Duyurmadığı takdirde" ilavesiyle, Lukata bahsi.

yetlerde bir kaç yıldır. Bu müddet zarfından uygun vasıtalarla duyurulacaktır. Duyurma ve korunma masrafları gerekmişse, mal sahibinden alınacaktır. Sonra, şayet sahibi çıkmazsa buluntu eşya bulanın olacaktır. Yalnız ihtiyacı yoksa sadaka olarak vermesi (tasadduk) tavsiye edilmektedir.

Lukata ile ilgili bir önemli husus daha var: Zilyedlik. Yani lukata bulanın elinde zarara uğrar veya telef olursa, zararı kime ait olacaktır?

– Şayet sahibi namına almış ise yani duyurmak, sahibi çıkarsa teslim etmek maksadıyla almışsa, zilyedliği "emanet" kabilinden (yed emane) dir. Zilyedliğinde iken kendi şahsi kusuru (ta'addi) olmadan telef olur veya zarara uğrarsa, kendisine tazminat (daman) gerekmez. Yok eğer kendi namına almışsa, yani duyurup sahibine ulaştırmak üzere almamışsa o takdirde zilyedliği sorumlu zilyedlik (yed daman) dir. Bu durumda telef olduğu veya zarara uğradığı takdirde tazminle mükellef olur.

Bu durum pratikte, buluntu eşyayı alıp duyurmadan kullanırken, sahibinin, eşyasını görüp tanıması ve benzeri yollarla kendisini gösterir. Ahiret hükümleri bakımından ise durumu niyyet tayin eder.

3- Mübadele

Mülk elde etme yollarından bir gurubu da "Mübadele" başlığı altında toplayabiliriz.

İlk iki başlık altında incelediğimiz hususlar ya açıkladığımız gibi kişiye, çalışıp emek sarf ederek yahut kanuni yollarla mülk edinmesini sağlar. İnsan, herhangi bir şeyin mülkiyetini elde etti mi "rıza" ve "adalet" prensiplerine göre, bir başkasına ait mülkiyet konusu ile mübadelede bulunabilir. Mesela çalışan bir işçi, emeğinin ürettiği ürün karşılığında veya bir doktor emeğinin ürünü (tedavi)[266] karşılığında kazandıkları malı, elinde mal olarak elbise bulunan kimseye vererek, ihtiyaçları olan elbiseyi almaktadırlar. İşte en ilkel dönemlerden itibaren insanların muhtaç olduğu ve uyguladığı mübadelenin esası budur.

266 İslami anlayışta emeğini satmak düşünülmez. Emeğin meydana getireceği ürünün satılması söz konusudur. Hizmet sözleşmelerinde ürünün hizmetten doğan yarar (menfaat) olduğu açıktır.

Mübadele sayesinde işçi ve doktor, elbise sahibi olurken, elbiseci de para sahibi olacaktır. Tabii o da eline geçen o parayı kendi ihtiyaç maddeleri ile değiştirecektir. Yani satın alacaktır.

Tıpkı bunun gibi, bir kimse de sahip olduğu akarını, mesela bir yıllığına satmak suretiyle -mal sahibi olduğuna göre buna hakkı vardır- para kazanabilir.

İslam Hukukçularının şartlarını fıkıh kitaplarında açıkladıkları hane, at, araba, alet, makina, arazi ve diğer şeylerin kiraya verilmesi, kira konusu yapılan bu şeylerin malikine ait menfaatinin mübadelesinden başka bir şey değildir.

Malik'in burada yaptığı iş şudur: Kira konusu yaptığı bu şeylerden, doğrudan ve bizzat kendisi yararlanacağına, ihtiyacı buna değil de başka mala olduğu için kendisine ait ve doğrudan bizzat kullanabileceği bu menfaati, buna ihtiyacı olanın malı ile değiştirmektedir. Tıpkı elbisecinin yaptığı gibi. O da elbiseyi satıp para kazanmıştı. Evini veya arabasını kiraya veren de karşılığında alacağı mal mukabilinde kendisini kendi mülkünden yararlanmaktan mahrum etmekte ve kullanmaktan feragat ettiği bu menfaati -anlaştıkları- belli müddet için başkasına temlik etmektedir.

Nakit sermayeyi (para) başkasına, yararlanması için veren kimse de, kendisi bir ticarette bir zira'i faaliyette veya bir başka sahada çalıştırdığı takdirde sağlayacağı muhtemel gelirden (kar) kendisini mahrum etmektedir. Ancak, bu durumda kendisini mahrum ettiği şey, paranın muhtemel menfaatidir. Gayri menkul gibi hazır menfaat değil.

Akar'da cinsi ve nev'i belli "muhakkak" bir menfaat vardır: Akar ev ise onda oturulur; at, araba ise ona binilir; yük taşınır. Para öyle değil. Paranın menfaati "muhakkak" değil; muhtemeldir. Böyle olduğu için de miktarı belli ve "muhakkak" bir ücret karşılığında vermek doğru olmaz. Muhtemel menfaat karşılığında muhakkak ücret almak ise hakkaniyete sığmaz. O halde para, onu çalıştıracak olan kişinin emeği sayesinde meydana gelecek muhtemel menfaate ortak olunmak üzere yani karı ortak olarak verilebilir. Şayet teşebbüs kar eder de nakit sermayenin (para) sahibine kar düşerse bu kar, kendisi çalıştırdığı takdirde sağlaması muhtemel olan kazancına karşılık olacaktır.

Bir gayrimenkulün kiraya verilmesi ile nakit bir sermayenin yıllık kar (faiz) ile verilmesi arasındaki fark açıktır: Yukarıda söylediğimiz gibi, birinin (akar) satılan menfaati belli ve muhakkaktır. Anahtarı eline aldığı günden itibaren geri teslim edinceye kadar gayrimenkulden yararlanacaktır. Öbürünün (para) menfaati (gelir) ise belli değil. Belki de zarar edecektir. Bu durumda çalışmasının boşa gittiği yetmemiş gibi, sermayeyi sahibine fazlasıyla (faiz) ödeyecektir.

İşte bu açık mantıki ve iktisadi gerçek ve fark sebebiyledir ki gayrimenkulün (makinenin, atın, arabanın, hanenin, arazinin) kiraya (icar) verilmesi caizdir. Ama nakit sermayenin (para) kiraya (faiz) verilmesi caiz değildir.

Ancak adalet ve insafa uygun olan, birbiriyle hukuki ilişkiye girmek isteyen -biri sermaye sahibi, diğeri onu sermaye yaparak işletmek isteyen- iki taraf arasında ortaklık olmasıdır.

Sermayenin sahibi olan "muhakkak" kar ile sırf kendisini garantiye alıp arkadaşını riskin altına tek başına sokmamalıdır. Kaldı ki parayı mutlaka kar karşılığında vermesi de şart değildir. İnsanlar arasında bağış (hibe) muamelesi de meşrudur. Adam doğrudan doğruya, malını, karşılıksız olarak arkadaşına verebilmektedir. Sermaye sahibi de parasından umduğu menfaati hibe edebilir. O zaman "ödünç" (karz-ı hasen) olarak vermiş olur.

Görüldüğü gibi İslam Hukukunda mülkiyeti kazanma yolları ya şahsi çalışmaya emek ve gayrete dayanmaktadır yahut kamu yararı (maslaha) gereği işin içine şahsi emek ve gayret girmeksizin doğrudan temlik edilmektedir.

Bunlara mülkiyeti aslen iktisap yolları diyebiliriz.

Mübadele yolu ile mülkiyetin elde edilmesi, aslında sahipli olan mal veya menfaatin el değiştirmesinden ibarettir. Onun için buna devren iktisap demek uygun olur.

Birinci ve üçüncü başlık altında incelediğimiz mülk edinme yolları fıkıh kitaplarında, konu ile ilgili hukuki (şer'i) delillere dayanılarak,

Bey (Alım - satım),

İcare (Her türlü ücret sözleşmesi),

Ci'ale (Mükafat ve ödüller),

Şirket (Her türlü ortaklık),

Müdarebe (Şirketin özel şekli olan "bir taraftan sermaye, diğer taraftan emek; zarar sermayeye ait, kar ortak" ilkesine dayanan ortaklık),

Müzara'a (ziraat ortakçılığı),

Müsakat (bahçe ortakçılığı)

şeklinde muhtelif hukuki normlar halinde İncelenmektedir.

Hukuki muamele ve akitler arasında mülkiyet kurmasa ve geçirmese de mülkiyeti ilgilendiren bazı akit şekilleri daha vardır ki bunlar da "Rehin" (rehn) gibi teminat akidleri ile "vedi'a" ve "ariye" gibi emanet akidleridir.

Kur'an-ı Kerim, akidlerle ilgili temel prensipler koymuştur.

Mesela: *"Akidlerinizi yerine getiriniz"*.[267]

Bakara Sûresinin sonralarındaki ayette de[268] borcun yazılması (kitabet), tescil edilmesi ve şahit tutulması emredilmektedir.[269] Bir sonraki ayette ise, yolculuk halinde tescil imkanı bulunmadığı takdirde "tesellüm olunmuş" (makbuda) rehinler öğretilmektedir.

Hadis-i şeriflerde de mali muamemelerle ilgili prensipler konulmuş;[270] bizzat Hz. Peygamber'in satması,[271] satın alması[272] kiraya tutması,[273] ödünç alması[274] veya huzurunda cereyan eden mali ve hukuki muameleleri tasvip (takrir) etmesi ile işlenmiş ve geliştirilmiştir.

Gerek şahsi emek ve gayret, gerek mübadele, gerek mali muamele ve akidlerle ilgili olarak Hz. Peygamber ve ashabından bize intikal eden fiili kavli ve takriri sünnet, çok büyük bir yekûn tutmaktadır.

---

267 Mâide Sûresi, 1.

268 Bakara Sûresi, 282.

269 Krş. s. 131 vd.

270 Msl. "Alım satım akdini yapanlar, ayrılıncaya kadar (pazarlık meclisi sonuna) kadar muhayyerdirler". *Buhâri,* Büyü', 19, 22, 42.

271 Bkz. *Buhâri,* Büyü', 10; *Müslim,* Eyman, 59.,

272 Bkz. msl. *Buhâri* Büyü', 33; *Müslim,* Müsakat 79.

273 Bkz. msl. *Buhâri,* Menâkib, 45; *İcâre,* 3, 4.

274 Bkz. msl. *Müslim,* Müsakat, 121; *Ahmed b. Hanbel.* V. 109.

Bunlar, Kur'an-ı Kerim'in külli kaideler halinde bildirdiği prensipleri açıklamakta ve tatbikatını öğretmektedir.

Muhtelif mülk edinme yollarını izah ederken bir kısım örneklerini gördüğümüz gibi İslam Hukuk alimleri, gerek Kur'an ayetlerine gerek Hz. Peygamberin sünnetine dayanarak hukuki ve mali muamelelerin hükümlerini kaideleştirmiş ve onları kitap - kitap, bab - bab, fasıl - fasıl tasnif ve tertip etmişler; her hükmün illet (casuse) ve dayandığı genel prensiplerini (mebadi) açıklamışlardır. Öyle ki, İslam Muamelat Hukuku, hukukun genel prensipleri üzerine kurulmuş hükümlerindeki kılı kırk yaran titizlik nümûnesi olması yanında çok geniş sahayı içine alan kapsam ve muhtevası ile İslam teşri tarihinin övünç kaynağı bir hukuk abidesi halinde tetkike hazır halde bulunmaktadır.

Bu hukuk hâzinesini tetkik imkanı bulanlar, hiç tereddüt etmeden şu neticeye varacaklardır: Bu hukuk sistemi "adalet" diğer adı ile "kist" temeli üzerine kurulmuştur.

Esasen Kur'an-ı Kerim'de *"Celalim Hakkı İçin biz resullerimizi beyyinelerle gönderdik de beraberlerinde Kitap ve Mizan'ı indirdik ki insanlar adaletle tutunsunlar"*.[275] buyurulduğuna göre İslam Hukuku'nun "adalet" temelinden başka bir temele oturtulması mümkün değildir; ancak, pratikte başarılı olunmayabilirdi. Halbuki İslam Hukuk alimleri, prensiplerini Kur'an-ı Kerim ve Sünnet-i Peygamberiden alan İslam Hukukçuları, kurdukları hukuk sistemini bu temel üzerine oturtmayı başarmışlardır.

İslam Hukuk sistemini teşkil eden "adalet" ilkesi, *"Rabbinin sözü doğrulukça (sıdk) da adaletçe ('adl) de tam kemalindedir"*.[276] ayetinde bildirilen bizzat "İslam"ın yarısıdır. İslam bütünüyle ya hakikatin habercisi ya adaletin kurucusudur. Yani İslami emirlerin yarısı hakikat bilgisi veriyorsa, diğer yarısı da hayatta adaletin kurulmasını istemektedir:[277]

* *"Müslümanlar, şartlarına bağlıdır."* Yani Akid sırasında benimsedikleri ve kabul ettikleri şartlar müslümanları bağlar.[278]

---

275 Hadid Sûresi, 25.

276 En'âm Sûresi, 115.

277 Krş. Mübârek, Muhammed, *Nizam u'l-İslâm el-İktisâd,* s. 97.

278 *Buhâri,* İcâre, 14; *Ebu Dâvud,* Akdiye, 13.

* *"Riski kime aitse kazancı da onundur".*[279]

* *"Zarar ve mukabele bizzarar yoktur".*[280]

* *"Ameller niyyetlere göredir".*[281]

* *"Ey iman edenler akidlerinizi yerine getirin".*[282]

* *"İtibar makasıd ve ma'aniyedir, elfaz ve mebaniye değil".*[283]

Bunlara, akitlerde "rıza" şartını; kandırma, aldatma ve haksızlığın "haram" olduğunu ekleyiniz. İşte İslam Muamelat Hukuku'nun dayandığı temeller!

Şunu da kaydedelim ki, fıkıh kitaplarında yer alan akidler, "hasri" değildir. Yani, müslümanların yapabileceği akit çeşitleri, fıkıh kitaplarında gösterilen, düzenlenen ve işlenenlerden ibaret değildir. Zira, "ibadetler" tevkifidir. Allah ve Rasulü tarafından öğretilen, fıkıh kitaplarında açıklanan ibadet şekillerinden başka kimse kendine göre bir ibadet şekli ortaya koyamaz ve başka türlü de Allah'a ibadet edilemez. Fakat muamelat sahasında ise kaide "mubah" olması merkezindedir. Yeter ki o muamelenin yasak olduğunu bildiren bir nass (ayet-hadis) bulunmasın. Yani günlük muamele ve dünyevi işlerimizde, işlerimizi mutlaka belirli dini prensiplere uydurmakla değil, dinde bildirilen yasak ve sınırlamalara aykırı davranmamakla memur ve mükellefiz." Kaidesi, önemli bir fıkıh kaidesidir.[284]

İşte bu sebepledir ki, İslam Hukuku önceden bilinmiş ve tanınmış olmayan her türlü yeni akid şekillerine açıktır. Yeter ki akid ayet ve hadisle yasaklanmış bulunan bir akid olmasın ve caiz ve meşru olmayan bir şart ihtiva etmesin.

Kitap ve sünnetten süzülerek çıkarılan İslam Hukuk prensipleri az yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, "adalet" prensibi üzerine dayanır. Onun için "zulm"e, "eziyyet"e, "aldatma"ya veya herhangi bir yönden karşı tarafı sömür-

279 *Ebû Dâvud,* Büyü', 71; *Tirmizi,* Büyü', 53, 65; *Nesâ'i,* Büyü', 15; *İbn Mâce,* Ticârât, 43.
280 *İbn Mâce,* Ahkâm, 17; *Muvatta',* Akdiye, 31; *Ahmed b. Hanbel,* V, 327.
281 *Buhâri,* Bed'u'l-Vahy, 1...; *Müslim,* İmare, 155; *Ebû Dâvud,* Talak, 11.
282 Maide Sûresi, 1.
283 Mecelle md. 3.
284 İbn. Teymiyye, *es-Siyâsetu'ş-Şer'iyye*'ye atfen, Mübarek, Muhammed, age. s. 98.

meye götürecek hiç bir akde açık değildir. Akit mutlaka tarafların iradelerini garanti etmelidir. Maddi ve manevi cebir (ikrah) altında yani eşit olmayan şartlardaki akde İslam Hukuku itibar etmez. Akit açık ve anlaşılır olmalıdır. Üzerinde ihtilafa ve sürtüşmeye meydan verecek müphem anlaşmalara İslam Hukuku kapalıdır.

D) Toprak Mülkiyeti'nin Kazanılması

Mülkiyet konularının en önemlilerinden olması bakımından, toprak mülkiyetini, özellikle kazanılma yolunu, açıklamak üzere ayrı bir başlık altında incelemekte yarar görüyoruz.

İslam Hukuku'nda, insandan gayri her şey gibi toprak da kaideten mülkiyet konularındandır. İslam Hukukundaki iki ana mülkiyet şekli, toprak için de söz konusudur. Toprak hem özel hem kamu mülkiyetine konu olabilir.

Ancak, İslam Hukuk Sistemi, yerinde işaret ettiğimiz gibi toprağa herhangi bir eşya gibi bakmamış, gerek elde edilişine, gerek tasarrufuna bazı farklı kayıtlar getirmiştir. Bunları sıra ile görebiliriz:

1- Diğer sahipsiz (mubah) şeylere malik olabilmek için, o şeyin üzerinde meşru zilyedlik kurmak (ihraz) yeterli iken, toprağa malik olabilmek için buna ilaveten "ihya" şartı konmuştur.

"Henüz hiç kimsenin eline geçmemiş bulunan bir şeyi kim ilk önce ele geçirir ise o şey o kimsenin olur."

Ravi Esmer b. Müderris, devamla diyor ki: Hz. Peygamber bu sözü söyleyince herkes araziye dağılarak işgal etmek istedikleri toprak parçalarını adımlayıp işaretlemeye başladılar".[285]

"Kim ölü bir toprağı ihya ederse, (ihya ettiği) o (toprak) onun olur. Haksız dökülen ter için bir hak yoktur".[286]

---

285 *Ebû Davud,* İmâre, 36, H. No. 3071.

286 *Buhâri,* Hars, 15; *Ebû Dâvud*, İmare, 37; *Tirmizi,* Ahkâm, 38; İmam Malik, *Muvatta',* Akdiye, 26, 27; *Dârimi,* Büyü', 65; Ahmed b. Hanbel, *Müsned,* III, 303; Yahya b. Adem, *Kitabü'l-Harâc,* No. 268, 274; Şafii, *el-Umm.* III, 268; Ebu Yusuf, *el-Harac,* s. 64'de ve Ebû Ubeyd *el-Emvâl,* no. 704-707'de yer alan bu hadisin geniş bir tahkiki için bkz. Yahya b. Adem, *el-Harac,* s. 80 de, (no. 268'e ait Not 2'ye.

Hadisi şeriflerde görüldüğü gibi:

a- ilk işgal eden hak sahibi olur.

b- Toprağı ihya eden ona malik olur.

Şeklinde özetleyebileceğimiz bu iki hüküm arasında bir boşluk göze çarpıyor. O boşluğu uygulamada Hz. Ömer doldurmuştur:

Hz. Ömer'in Torunu Salim b. Abdullah babasından naklediyor:

– Hz. Ömer'in gününde arazi çevirip yıllarca ihya etmeden bekletenler vardı. Bu durumu müşahade eden Hz. Ömer:

"Kim ölü araziyi ihya ederse, o araziye malik olur." diyerek (hadisi hatırlatmak suretiyle) araziyi çevirmenin mülkiyet ifade etmeyeceğini ihtar etti."[287] Hz. Ömer'in bu ihtarı, Ebu Yusuf'un *Kitabu'l-Harac*'ında bildirdiği rivayetle şöyle ikmal edilir:

Hz. Ömer minberden şu hitabede bulundu: "*Ölü araziyi kim ihya ederse onun olur. Çeviren üç sene (ihya etmeden bekletmişse artık bundan) sonra (çevirdiği arazi üzerinde) hakkı kalmaz*".[288]

İmam Ebu Yusuf da bir hadis nakletmektedir: "Leys'in Tavustan naklettiğine göre Hz. Peygamber (s.a.v) şöyle buyurmuştur: "-AD'dan kalma (yani sahipsiz) yer Allah'ın, Resulü'nün ve sonra sizindir. Kim ölü araziyi ihya ederse ona sahip olur. Çeviren üç sene (içinde ihya etmemişse artık bundan) sonra (çevirdiği arazi üzerinde) bir (öncelik) hakkı kalmaz".[289]

Demekki herhangi mübah şeye malik olmak için onu ele geçirmek yetiyor. Fakat sahipsiz toprağa malik olmak için onu ele geçirmek, işgal etmek, hatta etrafını çevirmek (ihticar) yetmiyor. Gerçi görüldüğü gibi etrafını çevirmek belli bir müddet için öncelik hakkı vermektedir. Ancak bu üç sene gibi makul bir süreyi geçemez. İhya etmek üzere bir yeri çeviren kimse en geç üç sene içinde işlenir duruma getirmelidir. Yoksa, çevirmekten doğan öncelik hakkı da kalmaz.

2- Araziyi ihya etmek üzere çevirmek caizdir. Fakat, koru ve otlak olmak üzere çevirmek caiz değildir. Özel kişilerin koru ve otlak çevirmeye hakları

287 Yahya b. Adem, age. no. 286, 271, 280; Ebû Ubeyd, age. No. 7014.

288 Ebu Yusuf K. *el-Harac,* s. 71.

289 Ebu Yusuf K. *el-Harac*, s. 70.

yoktur: Hz. Peygamber (s.a.v.) buyurmuştur: "Allah ve Resulü'nden (kamu) başka kimsenin "hima" (otlak çevirme) hakkı yoktur.[290] Aynı hadisin Ebu Davud'dan gelen (h. no. 3084) diğer bir rivayetinde de, önce Hz. Peygamber (s.a.v.)'in Medine civarında bulunan "Naki" adındaki yeri otlak olarak çevirttiği bildirilmekte ondan sonra yukarıdaki hadis nakledilmektedir. Buhari'nin "şirb" (musakat): 11 rivayetinde ise Hz. Ömer'in de yine Medine civarında bulunan "Şerif" veya "Şeref" ve "Rebze" adındaki yerleri otlak olarak çevirttiği (kamulaştırdığı) bildirilmektedir.

Demek ki yukarıda işaret edildiği gibi, Hz. Peygamber (s.a.v.) arazi konusunda tabir caizse reform yapmıştır. Bu reform önce arazi mülkiyetini sırf "ilk işgal"e değil aynı zamanda "ihya" şartına bağlamakta, peşinden de ötedenberi bilinen ve kudretli ve nüfuzlu kişilerin uyguladığı şahsına ait otlak çevirme adetini (hima) kaldırmaktadır. Hem de "bu hak, ancak, Allah ve Rasulü'ne aittir" diyerek. Bu ifade "hima"nın sadece Allah ve Rasulü adı ile temsil edilen (kamu) karakterini değil aynı zamanda bu tahsisin ilkesini de hatırlatmaktadır: "AD'dan kalma (sahipsiz) arazi Allah'ın ve Rasulü'nün, sonra sizindir." Yani toprak, ancak Allah ve Rasulü'nün koyduğu şartlar ve meşruiyyet sınırları çerçevesinde mülkiyete konu olabilir, demektir. Ayrıca, gerek ihya ile ilgili ruhsat, gerek hima ile ilgili sınırlama göstermektedir ki hiç kimsenin mülkiyetinde bulunmayan sahipsiz topraklar kamu (devlet) mülkiyetindedir. Nitekim Ebu Yusuf, Devlet Başkanının ikta'a (işletmek üzere araziyi kesime verme) yetkili olduğu arazileri sayarken, "hiç bir kimseye ait olmayan", "hiç bir kimsenin zilyedliğinde bulunmayan", "Hiç bir kimsenin mülkiyetinde bulunmayan", "hiç bir kimseye miras olarak kalmış olmayan" ve "üzerinde imar eseri de bulunmayan" topraklar diye tarif etmiş; devlet başkanının bu nitelikteki toprakları münasip göreceği kimselere yirmide birden ikide bire kadar değişen nisbetlerde uygun göreceği vergi (vergi veya harac) karşılığında ikta yetkisine sahip olduğunu bildirmektedir.

3- Sulh yolu ile (harpsiz) İslam ülkesine katılan topraklar, tıpkı diğer sahipsiz topraklar gibi devlet mülkiyetine geçer. Bu topraklar, devlet namına işletilip gelirleri kamu ve devlet hizmetlerine harcanabileceği gibi, devletçe gerekli görülen özel şahıslara da, ihtiyaçları sebebiyle dağıtılabilir. Nitekim Benû Nadir (veya Fedek)[291] arazisi mallarını mülklerini; yerlerini - yurtları-

290 *Buhâri,* Cihad, 146; Şirb (Musâkat), 11; *Ebû Dâvud,* İmâre, 39, h. no. 3083.
291 Bunda ihtilaf var. Bkz. er-Râzi, *et-Tefsiru'l-Kebir,* XXIX, 284-285.

nı Mekke'de bırakıp Medine'ye göç etmek zorunda kalan sahabelerle ihtiyaç içindeki Medineli üç sahabeye taksim edilmiştir. Bununla ilgili hükümler Haşr ayetlerinde bildirilmiştir.[292]

İslam ülkesine fetih yolu ile katılan topraklardan sahipsiz olanları da tıpkı sulh yolu ile katılan topraklar gibi devlet mülkiyetine geçer:

Gerek sulh yolu ile İslam ülkesine katılan gerek fetih yolu ile İslam ülkesine katılıp da sahipsiz olan topraklar devletin mülkiyetine geçtiğinden, bu topraklar ancak devlet başkanının tahsis (ikta) etmesi ile özel mülkiyete konu olabilir.

Devletin şahıslara tahsis edeceği bu topraklar, kaideten arazinin bulunduğu bölgeye göre öşür veya harac vergisine tabi olur. Devletin bu nevi topraklara ait vergiyi arazi sahibine bırakıp bırakamayacağı mes'elesi doktrinde tartışmalıdır.[293]

İmam Ebu Yusuf, Irak'taki bu nevi toprakları tanıtırken şunları saymıştır:

a- Kisra (İran Devlet Başkanı) ya

b- Vezirlere,

c- Hanedana,

d- Harp öncesi veya harp esnasında ölen ya da ülkeyi terk edenlere ait (sahipsiz) topraklar. İşte bunlar, devlet mülkiyetinde olup devlet başkanının bu nevi topraklardan, İmam Ebu Yusuf'a göre, ancak mevat olanları, istediği herkese ikta etme yetkisi vardır. Hatta, ülkenin imarı bakımından etmelidir de.[294]

4- Harp yolu ile (anveten) zabtedilen ülke topraklarının dağıtımı konusu tartışmalıdır.

Gerçi, Hz. Ömer zamanında fetholunan Irak, Suriye ve Mısır topraklarının gazilere dağıtılmadığı bir vakı'adır. Bunda hiç bir ihtilaf yoktur. Ancak, gerekçesindeki ihtilaf oldukça açıktır.

---

292 Bkz. s. 146 v.d.

293 Bkz. *Reddu'l-Muhtâr,* age III, 288.

294 Ebû Yusuf K. *el-Harac,* 62, 63, 64, 65.

a- İmam Şafii: Devlet Başkanı, savaş yolu ile fethedilen ülkenin işlenen (‘amir) veya değerli olan (mevat olmayan) topraklarını diğer ganimet malları gibi tahmis’ten sonra gazilere dağıtmak zorundadır. Aksine hareket, Kitaba da sünnet’e de aykırı olur. Ancak, gaziler feragat ederler de gönül hoşnudluğu ile toprakları Devlet Başkanı’nın emrine terk ederlerse Devlet Başkanı bunu kabul edebilir. Bu takdirde arazi Devlet mülkiyetine geçer. Gazilerin bu feragati, arazinin müslümanlar (kamu) adına vakfetmek üzere de olabilir. Devlet Başkanı bunu da kabul edebilir. O takdirde arazi, kamu mülkiyetine geçer. Hz. Ömer’in Irak topraklarından bazıları hakkında uyguladığı şey, bundan başka bir şey olmasa gerektir.[295]

b- İmam Malik: Fethedilen arazi prensip olarak dağıtılmaz; bütün müslümanlar lehine vakf gibidir. Ancak Devlet Başkanı, istişare sonunda kamu yararını (maslaha) o yolda görürse tahmisten sonra dağıtabilir.[296]

c- Ahmed b. Hanbel: Devlet Başkanı, müslümanların hayrını ve menfaatlerini gözetmek şartıyla muhayyerdir: Bütün müslümanlar namına vakfetmek, tahmisten sonra dağıtmak, kısmen dağıtmak şıklarından birisini tercih edebilir. Nitekim Rasulüllah (s.a.v.) her üçünü de yapmıştır. Benu Kurayza ve Benu Nadir arazisini dağıtmış, Mekke arazisini dağıtmamış, Hayber arazisini ise kısmen dağıtmıştır.[297]

d- Hanefiler: Devlet Başkanı fethedilen topraklardan sahipli olanları (devlet erkanına ve hanedana ait toprak ve malikaneler hariç) tahmisten sonra gazilere dağıtmak veya toprakları eski sahiplerinin ellerinde bırakmak ve onlardan vergi (harac) almak şıklarından birini, kamu yararı çerçevesinde tercih edebilir.[298]

Hanefilere ait ikinci görüşün mahiyeti, tam aydınlık değildir.

295 İmam Şafi’i, *el-Umm,* III, 181. Krş. Şevkâni, *Neyl,* VIII, 14-17; Karaman, Hayreddin, *İslamın Işığında Günün Mes’eleleri,* İstanbul 1978, s. 141; İbnu’l-Humam, *Feth’ül-kadir,* VI, 328; Kasâni, *Bedâyi’* VII, 118-119; Şafak, Ali, *İslam Arazi Hukuku,* s. 60-62.

296 İmam Malik, *Müdevvene,* III, (Cild 2), 26-27; İmam Malik, *Muvatta’,* II, 470; Krş. Şevkani, *Neyl,* VIII, 14-17; İbnü’l-Humam, *Feth,* VI. 32; Karaman, Hayrettin, age. s. 141.

297 Şevkâni, *Neyl,* VIII, 14-17; İbnü’l-Humam, *Feth,* VI, 32; Karaman, Hayreddin age. s. 141.

298 *Ebû Yusuf el-Harac* (selefiyye baskısı), s. 68-69; Serahsi, *Mebsut,* X, 15; Kâsâni, *Bedâyi’,* VII, 118. Krş. Şevkâni, *Neyl,* VIII, 16-17; Karaman, Hayreddin, age. s. 141; Şafak, Ali, age. s. 58.

Öyle anlaşılıyor ki İmam Ebu Yusuf'un Kitabu'l-Haraç s. 68-69 daki, "bu yerler yani çiftçilerin ellerinde bırakılan topraklar onların mülküdür, alır, satar, tevarüs ederler." ifadesi, gazilere dağıtılmayıp köylülerin elinde bırakılan toprakların, tıpkı sulh yolu ile İslam ülkesine katılan topraklar gibi, haraca tabi mülk topraklar olarak telakki edildiğini göstermektedir.

Bu konuda umumiyetle orta yol kabul edilen Hanefi görüşün zayıf noktasının bu nokta olduğuna işaret edilmektedir.[299] Zira bu takdirde Hz. Ömer'in taksim etmeme gerekçesi ortadan kalkmaktadır: "Şimdi gazilere taksim edersek sonradan gelen nesiller bütün toprakların sahiplenilmiş olduğunu göreceklerdir. Öyle bir iş yapalım ki bugünkü müslümanlara da gelecek nesillere de faydası dokunsun".[300]

Maamafih, bu faydayı, arazilere konulan haraç geliri sağlamış olmaktadır. Arazi sahiplerinin mülkü de olsa vergi şartlı bir mülk olduğu için, sahibi, toprağı işlemek zorunda kalacaktır. Zira işleme imkanına sahip olduğu halde, işlemediği takdirde, yine yıllık gelir vergisi demek olan "harac"ı ödemek zorundadır.[301]

Bu noktada bir iki hususa işaret etmeyi gerekli buluyoruz:

a- İslam Hukuk doktrinleri arasında gördüğümüz bu ihtilaf, arazinin ganimet mefhumuna doğrudan dahil olup olmadığı mes'elesine dayanmaktadır. Hz. Ömer'in uygulamasında araziyi dağıtıma konu olacak mallardan istisna ettiği açıktır. Mes'elenin daha yakından görülebilmesi için Hz. Ömer'in istişaresini ve istişare sonunda Irak kumandanı Sa'd b. Ebi Vakkas'a yazdığı talimatı görelim:

Ebu Yusuf anlatıyor: "Medineli alimlerden pek çoğu bana şöyle anlattılar: "...sonra Ömer (r.a.) Irak ve Şam taraflarından Allah'ın müslümanlara ihsan ettiği arazilerin taksimi hususunda da onlarla istişare etti. Bazı kimseler konuştu. Ganimetlerin ve fethettikleri arazinin kendilerine taksim edilmesini istedi. Hz. Ömer de: "Sizden sonra gelecek müslümanlar ne olacak? Onlar, toprakların ahalisiyle birlikte taksim edilmiş olduğunu, babalardan oğullara miras olarak intikal ettiğini, böylece kendilerinin her şeyden mahrum edilmiş olduklarını görecekler. Bu görüş görüş değil", dedi. Bunun üzerine Ab-

299 Bkz. Kurtubi *Tefsir,* VIII, 5.

300 Ebu Yûsuf, *harac,* s. 25 vd. faslu'al-fey' ve'l-Harâc.

301 Serahsî, *Mebsut,* X, 16, 82; Kâsanî, *Bedâyi* VI, 193.

durrahman b. Avf: "Görüş dediğin nedir? Arazi ve sahipleri Allah'ın fatih müslümanlara ihsan ettiği fey ve ganimetlerden başka bir şey midir ki?" dedi. Hz. Ömer şöyle cevap verdi: "Onlar senin dediğin gibidir. Fakat, ben meseleyi öyle görmüyorum. Allah'a yemin ederim ki, benden sonra müslümanlara çok şeyler sağlayacak bir memleket fetholunmaz. Aksine fethedilen ülkelerin müslümanlara maddi bakımdan bir yük ve külfet olması muhtemeldir. Irak ve Şam arazileri işleyicileri ile birlikte taksim olunursa, o zaman kaleler ne ile korunur? Geriden gelen nesillere, yetimlere ve dullara Irak ve Şam arazisinden ve diğer memleketlerden ne kalır?" Toplantıda bulunanlar bu sefer: "Allah'ın bize kılıçlarımızla ihsan ettiği ganimetleri harbe iştirak etmeyen, taksimine bile yetişmeyen kimselere, onların çocuklarına ve ortada hiç mevcut olmayan çocuklarının çocuklarına mı vakfedeceksin?" diyerek Hz. Ömer'e daha fazla yüklendiler, Hz. Ömer ise: "Bu bir görüştür," diyor, başka bir şey ilave etmiyordu. Topluluk : "O halde istişare et," dediler. Ravi der ki Hz. Ömer ilk muhacirlerle istişare etti. Bir görüş birliğine varamadılar. Abdurrahman b. Avf'ın görüşü, haklarının kendilerine taksim edilmesi merkezindeydi.

Hz. Osman, Hz. Ali, Talha ve Abdullah b. Ömer Hz. Ömer'in görüşünü benimsiyorlardı. Bunun üzerine Hz. Ömer, beşi Evs beşi de Hazrec ileri gelenlerinden olmak üzere Ensar'dan on kişi çağırdı. Onlar toplantıya gelince, Allah'a hamd ve senadan sonra şöyle hitap etti:

"Sizi, size ait olan işlerden olup sizin namınıza taşımakta olduğum emanetin sorumluluğunu benimle birlikte paylaşmanız için rahatsız ettim. Ben de sizlerden herhangi biri gibiyim. Siz ise "topluluk" olarak, hak ve doğru olana karar verebilirsiniz. (Şu ana kadar ki müzakerelerimizde) görüşlerime karşı çıkanlar oldu. Görüşlerimi benimseyenler oldu. (Şunu peşinen söyleyeyim ki) ben şahsi arzularıma uymanızı istemiyorum. Elinizde hakkı söyleyen Kitap (Kur'an) var. Allah'a yemin ederim ki ben bir şeyi şöyle yapmak istiyorum diye konuşursam, bundan maksadım, hakkı arayıştan başka bir şey değildir."

Bunun üzerine toplantıya gelen ensar: "Mü'minlerin emiri, anlat, (ve meseleleri) duyup anlayalım" dediler. Hz. Ömer devamla dedi ki:

(Öyle anlayışılıyor ki ravi, Hz. Ömer'in özetlemiş olduğu muhakkak olan konuşmasını aktarmaya gerek görmemiş ve esasa ilişkin sözlerini aşağıdaki gibi nakletmiştir:)

Hakları konusunda benim kendilerine zulmettiğimi iddia eden bu insanların sözlerini işittiniz. Ben zulüm irtikab etmekten Allah'a sığınırım. Eğer ben onlara ait bir hakkı onlardan zulmen alıp başkalarına vermiş olsaydım, gerçekten kötülük etmiş olurdum. Fakat ben gördüm ki Kisra'nın ülkesinden sonra fetholunacak bir şey kalmadı. Allah onların mallarını, arazilerini ve canlı - cansız bütün varlığını bize ganimet olarak ihsan etti. Bu ganimetlerden menkul malları hak sahiplerine taksim ettim. Beşte birini (humus) ayırdım. Ve yerine yerleştirdim. Şimdi onun idaresiyle uğraşıyorum. Arazilere gelince, ben arazileri, onları işlemek için gerekli demirbaş menkuller (ulûc) ile birlikte dağıtım dışı tutmayı ve araziye arazi vergisi (harac) koymayı, sahiplerine de bu vergiye ilaveten "cizye" vergisi koymayı, araziyi işleyenlerin ödeyecekleri bu harac ve cizye gelirlerini gerek muharip gerek çoluk - çocuk müslümanlar ile gelecek nesiller için bir fey' olmasını düşünüyorum. Kaleleri düşününüz, onları devamlı şekilde bekleyecek askerlere şiddetle ihtiyaç var. Şam, Cezire,[302] Kûfe, Basra, Mısır gibi büyük yerleşim merkezlerini de düşününüz. Bu yerlerin askerlerle korunması ve askerlere bol bol maaş verilmesi lazım. Arazi demirbaşıyla birlikte taksim edildiği takdirde bu masraflar nereden karşılanır?"

Dinleyenler hep birden şöyle dediler:

"Görüş senin görüşündür. Çok güzel düşünmüşsünüz. Çok güzel de dile getirdiniz. Eğer bu kaleler ve şehirler askerlerle korunmaz, askerlere yeterince masraf sağlanmazsa, düşmanlar ellerinden çıkan ülkelere geri gelir otururlar."

Bundan sonra Hz. Ömer:

"Durum bana göre aydınlığa kavuştu. O halde araziyi ölçüp biçip yerli yerince belirleyecek araziyi işleyenlere kaldırabilecekleri vergiyi tesbit edecek aklı başında, dirayetli bir kimse tavsiye ediniz", dedi. Osman b. Huneyf üzerinde ittifak ettiler ve bu önemli işin başına onu görevlendirebilirsiniz, o basiretli aklı başında, tecrübeli bir kişidir, dediler. Hz. Ömer derhal onu çağırtarak onu, Irak halkına ait arazinin ölçülmesi işine memur etti. Hz. Ömer'in vefatından bir sene önce gelen Sevad-ı Kûfe (Irak) arazisinin vergisi bir mil-

---

302 Dicle ve Fırat arasına Cezire (Mezopotamya) denir. Özellikle bu bölgenin kuzey batısına Cezire; Güney Doğusuna Irak denir. *el-Müncid*, Ulûm, 137.

yon (dirhem) olarak ödendi. O gün bir dirhem, bir dirhem ve ikibuçuk danik miktarında idi. Ve o gün bir dirhem, bir miskal ile aynı ağırlıktaydı".[303]

Yine imam Ebu Yusuf'un ez-Zühri'den naklettiğine göre Hz. Ömer ile ashab arasında cereyan eden bu müzakerenin bir safhası da şöyledir.

"Müzakereler uzamıştı. Çoğu kimseler taksim tezini savunuyordu. Bu tezin en hızlı savunucusu Bilal b. Rebah'tı. Bilal o kadar ileri gitmiştik ki, Hz. Ömer: "-Allah'ım Bilal'ı ve arkadaşlarını sana havale ediyorum." demek zorunda kaldı. Böylece aradan bir kaç gün geçtikten sonra Hz. Ömer konuşmaların birinde:

"Ben Kur'an'dan delil buldum, diyerek Haşr Sûresinin altıncı ayetini okudu ve bu ayette sözkonusu olan Benu Nadir arazisinin durumunu izah ederek bunun bütün beldelere şamil olduğuna işaret etti, peşinden yedinci ayeti, daha sonra da sekizinci ayeti okudu ve: (Görüyorsunuz), Allah ikramını sadece bir zümreye tahsis etmeye razı olmadı ve başkalarını da bu nimete ortak etti, dedi ve 9. ayeti okudu (Dokuzuncu ayeti okuduktan sonra): Bize bildirilen o ki -Allah daha iyi bilir- sırf ensardır. Allah bunlarla da yetinmedi. Başkalarını da onlara kattı ve şöyle buyurdu" diye, onuncu ayeti de okudu ve devamla dedi ki: "İşte, ayet sonradan gelen bütün nesillere şamildir. Allah'ın, müslümanlara ihsan ettiği fey', bugün yaşayanlardan itibaren kıyamete kadar yaşayacak bütün müslümanların ortak olduğu bir nimettir. Hal böyle iken nasıl olur da biz taksim eder ve sonradan gelenleri taksim dışı bırakabiliriz? dedi. Taksim edilmemesi (terk) ve haracının toplanması hususunda görüş birliğine (icma) varıldı".[304]

İşte böyle bir açık müzakereden sonra varılan karar, aşağıdaki tebliğ ile kumandan Sa'd b. Ebi Vakkas'a bildirildi:

"Emma ba'd. Mektubunu aldım. Senden, insanların ganimetlerle birlikte Allah'ın fey' olarak ihsan ettiği arazileri de taksim etmeni istediklerini bildiriyorsun. Bu mektubum sana gelince, bak, ordunun zaptedip getirdiği (menkul) mallardan (kurâ, mal) ne varsa onları harbe katılan müslümanlara dağıt. Arazilerle sulama kanallarını ise işleyenlere bırak ki (gelirleri) müslümanların yararına olsun. Zira eğer sen araziyi harbe katılan gazilere taksim edersen, gelecek nesillere bir şey kalmaz. Ben sana daha önce emretmiştim: Karşılaştığın

303 Ebu Yusuf K. *el-Harac,* 26-28.
304 Ebu Yusuf K. *el-Harac,* 28-29.

düşmanı önce İslama davet et, diye, (Şimdi onların durumuna da bak). Onlardan, savaş başlamadan önce İslamiyeti kabul eden varsa, o müslümanlardan bir kişidir. Müslümanların hakları onun da hakkı, müslümanların ödevleri onun da ödevidir. Onun İslam (toplumun) da bir payı da var. (Yani o da maldan istifade edecektir). Şayet harpten sonra müslüman olan olursa o da müslümanlardan bir kişidir. Ancak onun malı müslümanların olmuştur. Çünkü o müslüman olmadan önce müslümanlar onun malını da ele geçirmiş (ihraz) bulunuyorlar. Bu söylediklerim sana emrim ve ahdimdir, bil, ayrıca şunları da bilesin: Müslüman malının zekatını, zimmi kendisi ile anlaşılan vergisini (cizye) ödediği müddetçe ne müslüman ne zimmi ticaret vergisi (öşür) mükellefi değildir. Ticaret vergisi ancak izinle ülkemize girip ticaret yapmak isteyen yabancı tüccarlardan alınır; onlar ticaret vergisi vermekle mükelleftir".[305]

Hz. Ömer'in araziyi dağıtımdan istisna etmesi maslahata dayanıyor. Bu açık. Acaba Hz. Ömer ve istişareye katılan ashabın müdafaa ettiği bu görüş, başta Hz. Bilal b Rebah olmak üzere bazı sahabenin zannettiği gibi ayete ve Hz. Peygamber (s.a.v.)'in uygulamasına aykırı haksız bir düşünce mi idi yoksa Hz. Peygamberin uygulamaları arasında bu uygulamanın örneği var mı idi? Mezhep imamlarının bu soru ile ilgili görüşlerini yukarıda gördük. Onları tekrar etmeyeceğiz. Ancak bir hususa işaret edeceğiz:

Ezher Üniversitesi Şeriat (Hukuk) fakültesi hocalarından Dr. M. Mustafa Şelebi'nin 1947 yılında Ezher Reisliğine sunulan ve aynı yılda Ezher Matbaasında basılan bir Profesörlük tezi vardır. *Ta'lilul-Ahkam* adlı bu eserde bir çok çetin mes'eleler arasında şimdi üzerinde durduğumuz konu ile ilgili Şelebi'nin tezine göre Hz. Ömer'in bu fikri ve o yönde almayı başardığı karar ve bu kararın uygulaması, haddi zatında ayetle hadisle açık açık bilinen bir hükmün değiştirilmesidir. Bunun gerekçesi ise "zaman ve şartların değişmesi ile ahkamın değişmesi" dir.

Muhterem Profesörün dayandığı delil ise itiraz edenlerin, "haklarımızı nasıl olur da vermezsin" tarzındaki itiraza Hz. Ömer'in, Hz. Peygamberin uygulamasından cevap vermiş olmamasıdır. Eğer Hz. Ömer'in bu fikri Hz. Peygamberin uygulamasına uygun olsaydı, o kadar zorlandığı zaman bunu delil

305 Hamidullah, Muhammed, *el-Vesâ'iku's-Siyâsiyye,* s, 314, vesika, 325; Ebû Yusuf, *el-Harac,* 13-14; Yahya b. Adem, *Harâc,* no. 49, 121; Kudame b. Cafer, 179; İbn Abdi Rabbih, I, 144; Ebû Ubeyd, *el-Emvâl,* 150; *Kenzu'l-Ummal,* II, 4020; *Belâzuri,* 374'e atfen.

olarak söylemesi gerekirdi. Halbuki böyle bir delil getirdiğini görmüyoruz. O halde bu uygulamanın sünnetten delili yoktur.[306]

Biz zamanın değişmesi ile ahkamın değişeceğini kabul etmekle beraber, Şelebi'nin bu fikrine katılmıyoruz. Çünkü,

1- Hazreti Ömer'in fikrini kabul edenler arasında Hz. Osman, Hz. Ali, Hz. Talha ve Hz. Abdullah b. Ömer gibi Alim sahabiler vardır. Abdurrahman b. Avf veya Bilal b. Rebah'ın zannettiği gibi hakkında, ayet ve hadise dayalı sarih hüküm bulunan bir konu olsaydı, herkes Abdurrahman b. Avf gibi söyler, mesele müzakere konusu bile yapılmazdı.

2- Esasen iddia edildiği gibi, hüküm, ayetle hadisle açıklanmış bir mes'ele olsaydı, konu hiç Medine'ye danışılmadan diğer ganimetler taksim edildiği gibi yerinde halledilir, kumandan Sa'd b. Ebi Vakkas arazi ile ilgili olarak böyle bir talep var ne yapalım, diye soru sormazdı. Yani baştan dağıtım normal olarak düşünülmüş de buna idare (Hz. Ömer) engel olmuş değildir. Bilakis kendisine sorulmuştur. Demek konu ile ilgili karar Devlet Başkanına ait oluyor.

3- Ganimetin hükümlerini bildiren enfal, 41. ayeti, "ganimet olarak ele geçirdiğiniz şeyler" buyurarak, ganimeti mutlak olarak bildirmektedir. Halbuki esirlerin ganimetten ayrı hükümlere tabi olacağını bir başka ayet (Muhammed Sûresi, 4) açıklamıştır. İmam Şafii bu ayetle olan istisnanın, sırf bu ayette istisna edilen esirlere ait olduğunu, ayette olmayan arazi gibi başka istisnalara kapı açılırsa bunun, neticede ayetin hükmünü fiilen ortadan kaldırmaya varacağını söylüyor.[307]

Madem ki ayet taksime konu olacak ganimetler hakkında "mutlak" değildir. O halde araziyi istisna eden bu uygulama, ayete aykırı değildir.

4- Hadislerde ise arazinin diğer mallardan ayrı hukuki muamelelere tabi tutulduğunu görüyoruz:

Yahya b. Ademin merfu'an, Ebu Ubeyd'in mevkuten rivayet ettiği hadislerde Hz. Peygamber (s.a.v)'in, kendileri ile zimmet akdi yapılan Bahreyn ahalisinden müslüman olan kimsenin canını ve malını ihraz ettiğine yani artık

306 Krş. Şelebi, M. Mustafa, *Ta'lilu'l-Ahkam,* s. 49-56.
307 Kurtubi, VIII, 4-5.

cizye borçlu olmayacağına, arazisinin ise müslümanlara (kamu) ait fey olduğuna hükmettiği bildirilmektedir.[308]

Bu hadiste bildirilen hükmü destekleyen uygulamalar da var:

a- “Nehrulmelik” bölgesinden bir kadın müslüman oldu. Durumu kendisinden sorulan Hz. Ömer şu açıklamayı gönderdi: Eğer isterse toprağını işletmeye devam etsin, müslüman olmadan önce ödemekte olduğu haracı da ödesin. Şayet bunu yani haracı ödemeyi kabul etmezse, toprak müslümanların malıdır”.[309]

b- “Nehrulmelik ahalisinden bir Dihkan müslüman oldu. (Durumu kendisine soran) Sa’da veya valisine Hz. Ömer: Arazisini kendisine bırakınız, haracını ödesin, talimatını göndermiştir”.[310]

c- “Hz. Ali zamanında bir Dihkan müslüman olmuştur. Hz. Ali konu ile ilgili açıklamasında ayağa kalkarak şu şekilde konuştu. “-Sana artık cizye yok, fakat arazi bizimdir. (Yani haracı ödemeye devam edeceksin).[311]

Esasen gerek Hz. Ömer gerek Hz. Ali hem müştereken hem ayrı ayrı olarak haraç arazisi sahipleri müslüman olduğu takdirde de bunların -arazi müslümanların fey’ malı olduğu için- haracını ödemeye devam edeceklerini muhtelif vesilelerle açıklamışlardır.[312]

Bu saydığımız sebepler, Hz. Ömer’in uygulamasının değişen şartlar içinde, maslahata bağlı olarak, Kur’an’a ve sünnette bildirilene aykırı olarak yapılmış bir uygulama olduğunu kabule manidir. Muhterem Şelebi Haşir ayetleri ile istidlali makbul bulmasa ve bu sebeple bu istidlali en iyi ifade eden Cassas’a yüklense de[313] Hz. Ömer, Fetih sırasında işlenmekte olan (amir ve sahipli) toprakları kıyamete kadar kamuya bir gelir kaynağı olmak üzere harac’a bağlarken ilhamını bu Haşir ayetlerinden, özellikle Şelebi’nin çok yadırgadığı “ve onlardan sonra gelenler” ifadesinin bulunduğu onuncu ayetinden almıştır.

---

308 Ebû Ubeyd, *el-Emvâl,* s. 41-42 No. 75; Yahya b. Adem, s. 47, no. 129.

309 Yahya b. Adem, no. 181; İbnü’l-Humam, *Feth’ul-Kadir,* VI, 40.

310 İbnü’l-Humam, *Feth,* VI, 40.

311 Ebû Ubeyd, *el-Emvâl,* no. 206: İbnul’-Humam, *Feth,* VI, 40-41: Abdurrazzak, *Musannef’e* atfen.

312 Ebû Ubeyd, *el-Emvâl,* no. 205; Yahya b. Adem, no. 130; Ayrıca bkz. İbnu’l-Humam, *Feth,* VI, 40-41.

313 *Ahkâmu’l-Kur’an,* V, 317 v.d.

Öyle görünüyor ki konu, bir taraftan "arazi kaideten ganimet mefhumuna dahil değildir, dolayısıyla ganimet malı olarak arazinin taksimi kaideten söz konusu değildir. Hz. Peygamberin Hayber örneğinde görülen arazi taksimi, maslahata binaen Devlet Başkanı sıfatı ile yapılmıştır (Maliki görüş), şeklinde bir tefsire de; "arazi de ganimettir, dolayısıyla ganimetin taksimini emreden ayet gereği olarak taksim edilmesi gerekir (Şafii görüş)" demeye de müsait ise de, bu her iki görüşün ortasını temsil eden, şu görüş olmaktadır: "Arazi de diğer mallar gibi taksime konu olabilir. Ancak, diğer mallardan farklı olduğu için arazinin taksime dahil edilmesi maslahatın gereğine göre Devlet Başkanının kararına bağlıdır. Nitekim ayetin umumuna göre ganimet mefhumuna dahil olan esirler hakkında karar vermeye bir başka ayet (Muhammed 4) gereği, Devlet Başkanı yetkilidir." (Hanefi ve Hanbeli Görüş).

Ve yine öyle anlaşılıyor ki, ta baştan beri, gerek "hima" yasağı gerek temellük için "ihya" mecburiyeti, gerekse sulh yoluyla (harpsiz) İslam ülkesine katılan toprakların (fey') dağıtımı rejimi ile ilgili hüküm ve uygulamalar araziye herkesin fark edemediği ve fakat Hz. Ömer gibi Hz. Osman ve Hz. Ali gibi, Hz. Talha, Hz. Abdullah ve Hz. Mu'az gibi alim sahabilerin farkında oldukları bir özellik kazandırmıştır.

Kısaca, toprak, dağıtım konusunda tek hükme tabi tutulmamış, kamu yararının (maslaha) gereklerine göre Devlet başkanının istişari kararına bırakılmıştır.

Bu konuda çetin müzakerenin geçmesi, Hz. Ömer'in açıkladığı esbabı mücibenin de gösterdiği gibi, daha çok uygulama ile ilgili karara tesir edecek kamu yararı (maslaha) nın tesbit edilmesine ve ölçülmesine bağlı görünmektedir.

Esasen bütün bu ve benzeri mülahazalarla hemen bütün müfessirler, ayetteki (Enfal, 41) ganimet umumi mefhumundan "arazi" nin hariç olduğunu belirtmektedir.[314]

2- Osmanlı Toprak Hukuku sahasında geniş araştırmaların sahibi Prof. Ö. Lütfi Barkan, İslam Türk Mülkiyet Hukuku Tatbikatının Osmanlı İmparatorluğunda Aldığı Şekliler adlı ilmi makalesinin II. bölümünde[315] silah kuvve-

---

314 Bkz. Kurtubi, *Tefsir*, VIII, 4-5; Ebussu'ud, *Tefsir,* IV, 21-23; Taberi, *Tefsir,* X, 1; İbn Kesir, II, 310; Razi, *Tefsir*, XV, 165 v.d.

315 Ag. mak. s. 157-176.

tiyle zaptedildiği halde bir ganimet gibi fatihler arasında taksim edilmeyerek akrabası Beytülmale ait olmak üzere tevkif olunan veya araziyi öşriyye veya haraciyyeden iken sahiplerinin bila varis vûkuu vefatiyle beytulmale kalan arazinin arz-ı memleket veyahut miri arazi namı altında devlete ait topraklar arasına katıldığından ve bu miri toprakların yalnız hukuku tasarrufiyyesi ile ve rusumu eda edilmek şartıyla taliplerine icar edilmiş vaziyyette bulunduklarından hareketle (s. 157), bu nazari mes'elenin hallinin bugün halâ Türkiye'de mevcut bulunması muhtemel olan bu nevi hukuk sahiplerinin mülkiyet haklarının tarihi inkişafını tayin bakımından büyük bir tatbiki kıymeti haiz olduğunu, filhakika, bu gibi mülklerin bir müddet sonra umumiyetle vakfedilmiş oldukları için bu suretle teşekkül eden vakıfların tahsis irsad kabilinden gayri sahih addiyle ancak maslahat devam ettiği müddetçe mevcudiyetlerine müsaade edilebilmesi imkan dahiline gireceğinden (s. 161) ve mesela Cezayir, Fas ve Trablusgarbda arazi mülkiyetini istediği şekle sokmak ve muhacir yerleştirmek isteyen müstemlekeci devletlerin işini kolaylaştırmak için siyasi maksatlarla muayyen davaların lehine delil toplama ve kitapta yerini bulmak istemek nev'inden birtakım teşebbüslerden (s. 174-175) bahisle konunun çok yönlü incelenmesinin gereği üzerinde durmaktadır.

Gerçekten Barkan, gerek muhtelif ilmi makaleleriyle, gerek konu ile ilgili eserleriyle mes'eleyi yakından incelemeye çalışmıştır.

İşte bu nokta-i nazar ve endişeden yola çıkan Prof. Barkan, sözünü ettiğimiz makalede, İslam memleketlerindeki arazi mes'elelerini ancak Maverdi'nin fikirlerini gördükten sonra anlamak kendisi için mümkün olabildiğini ileri süren Dr. Worms'un, Jurnal Asiatik'te (J. A. 1841-1943, 1944) yayınlanan "Rechercher sur la Constitütion de la Proprieete Territorale en pays musulmans" adlı etüdlerinde müslüman memleketlerinin büyük bir kısmında "kimsenin toprak mülkü olamayacağını, çünkü toprakların fetih esnasında ve fethi müteakip muhtelif vesilelerle İslam Cemaati namına vakfedilmiş bulunduklarını ve vakıf topraklarının hukuki statülerinin bir daha kimse tarafından bozulup başkasının mülkü haline geçemeyeceğini iddia etmiş" olduğunu hatırlatarak (s. 174) bunun, haksız ve usulsuz olarak zorbalıkla ele geçirilen toprak mülkiyetini yine zorla almak lazım geleceği fikrine götüreceğini, hakikati halde bilhassa Peygamber ve ilk halifeler zamanında imamlar tam manasıyla arazi temlik haklarını daima kullandıklarını, bunun yanında muhtelif Türk Devletlerinde hudud boylarında futuhatla meşgul olan kumandanlara, fethettikleri

memleketlerden büyük arazi ayırıp temlik (ikta'an temlik) edilmek, hemen hemen umumi bir adet olduğunu belirttikten sonra (s. 175) "bu sebeple saf şekillerindeki İslami an'anelere ve İslami denilen toprak hukuku esaslarına ne kadar inersek inelim, İslam memleketlerindeki devlet topraklarının yanında ayrıca hakiki sahipleri olan topraklara da tesadüf etmek mümkün olacaktır ve bütün mülklerin sahiplerini, Dr. Worms'un zan ve iddia ettiği gibi vaktiyle reaya ile devlet arasında bir mutasavver vergi memuru veya mültezimi vaziyetinde iken yavaş yavaş sü-i istimal ile bu toprakları irsi aile mülkü haline koymuş olan zorba ve mütegallibe sınıfı gibi telakki etmeye imkan yoktur. Bilhassa İslam memleketlerinde toprak üzerinde alelade bir tassarruf hakkının fevkına çıkan hakiki bir temellük hukukunun mevcut bulunmadığını iddia ve bu nevi bir hususiyeti haiz bir hukuk sisteminin İslamiyetin toprağın hakiki sahibi Allah telakki eden esas hükmünden çıkarmak istemek imkansızdır" diyor. (s. 175-6)

Prof. Barkan, tesbitlerinde haklı fakat müdafaanın essasına ait bir noktayı gözden kaçırmıştır. Şöyle ki: İslam Hukukuna göre toprak hangi karakterde olursa olsun, devlet toprağın nev'ine göre ancak öşür veya haraç cinsinden vergisini alır. Arazi öşri ise vergi en az 1/20, en çok 1/10; Arazi haraci ise vergi en az 1/10 ençok 1/2 olur. Araziyi hangi sıfatla işletirse işletsin, kişinin elinde bulunan araziye Devlet taraf olarak müdahale edip, toprak devletindir, senin elinden alacağım, diyemez. İslam Hukuku'na göre toprak isterse miri olsun zilyedin zilyedliği korunur. Devlet ancak birbirine karşı davacı olan fertler arasında hakemlik yapar. Bu takdirde kişilerden delil itibariyle haklı olana araziyi teslim eder.[316] Yani toprağı elinde bulunduran kişi veya aile zilyed olduğu ve hariçten başka hak sahibi bir kişi delil ikame ederek o yer üzerinde kendi hak veya mülkiyetini iddia ve ispat etmediği müddetçe devlet kişinin malını elinden alamaz. Fakat, kamu yararı gerektirmişse, değil sade zilyedin, malikin toprağını da alabilir. Ne var ki maslahat gerektirdiğinde malikin toprağına rayiç bedel öderken, zilyede sadece bir tazminat öder.

Hal böyle olunca, bazı genç kalemlerin savunduğu "İslam bu servetleri ümmet arasında dinin adalet ve hakkaniyet ilkelerine sımsıkı tutunarak yeniden tevzi eder. Sömürüyü her bakımdan içinde taşıyan bu mülkiyeti yeni

316 Bu hükümler ve bundan sonraki hükümler için bkz. Ebû Yûsuf, K. *el-Harac,* Katayi' bahsi, s. 62 v.d.; *İbn Abidin,* III, 275 v.d.

baştan düzenler" iddiasına[317] da mahal kalmaz. İhtimal ki haksız iktisap edilmiştir, tezinden değil de toprağa ait vergi mükellefiyetinden ve maslahat prensibinden hareket edilmek gerektir. Yoksa, ihtimal ki haksız iktisap ettin, öyleyse toprağını, malını İslam adına elinden alacağım, iddiası islami düşünce ile bağdaşmaz.

Aynı endişenin aksini de İbni Abidin'de görüyoruz. Son zamanların cidden dirayetli alimlerinden ve bol eser bırakmış müellefilerinden Alauddin İbn Abidin, zalim hükümetlerin İslam adına milletin mallarını ellerinden almalarına imkan ve fırsat verir endişesiyle Kemal İbnu'l-Humam'ın, Mısır Toprakları ile ilgili bir mülahazasını şiddetle tenkit etmektedir.[318] Kemal İbnu'l-Humam'ın mülahazası şöyle:

"Haraç ne karakterde bir vergidir? Öyle anlaşılıyor ki bu nokta ihtilaflıdır. İmam Malik, Devlet başkanının haraç arazisini kiraya (icara) vermesi şeklinde telakki etmiş olmaktadır. Çünkü İmam Malik'e göre Haraç arazisi, müslümanlara vakıftır. Öyle olunca, bu araziyi kiraya verme işi devlet başkanına düşer." Nitekim diyor, İbnu'l-Humam: "Bugün Mısır toprakları, böyle, yani Devlet tarafından kiraya verilerek işletilen arazi durumundadır. Çünkü bugün Mısır topraklarından alınan ücrettir, haraç değil. Arazilerin, çiftçilerin mülkiyetinde olmaması da bunu gösterir. Mısır toprağının temelde haraci arazi olduğu kabul edildikten sonra şahit olduğumuz bu fiili durum haracın ücret karakterini açıklamaktadır. Hanefi mezhebine göre bu nasıl izah edilebilir? Allah bilir ya bunu şöyle açıklamak mümkün: İhtimal ki toprak malikleri zaman içinde varis bırakmadan vefat etmiş ve bu sebeple arazi, beytulmale intikal etmiştir. Bu nokta-i nazara göre Devlet Başkanının bu araziyi ne başkasına satması ne de hazine emininden (maliye bakanı) kendi şahsına satın alması caiz olmaz. Zira devlet Başkanının müslümanların (kamu) malı karşısındaki durumu, yetimin velisinin yetimin malı karşısındaki durumu gibidir. Yetimin velisinin ise yetimin nafakasını hiç bir surette sağlayamama gibi bir zaruret olmadıkça yetime ait akarı (gayrimenkul) satması caiz değildir. İşte bu sebeple ben, sultan Eşref Barsbay'ın hazine emininden kendisi için satın almak istediği arazi hakkında bana sorulan soruya yazdığım fetvada, böyle bir alış-verişin ancak

317 *Düşünce,* Aylık Kültür Dergisi Şubat 1978 Sayı 11, s. 7.
318 *İbn Abidin,* III, 280 Harac ve Öşür Bahsi.

-Allah korusun- müslümanların ihtiyacı olduğu takdirde caiz olabileceğini yazdım".[319]

İbn Abidin merhum, İbnu'l-Humam'ın bu mülahazasında geçen ve sırf bir fiili durumu izah sadedinde söylediği "ihtimal ki toprak malikleri zaman içinde varis bırakmadan vefat etmiş ve bu suretle arazi beytulmale intikal etmiştir" şeklindeki ve üstelik "Allahu a'lem" diyerek başlayan sözüne karşı çıkarak, mülkiyetin zevaline ihtimal ile hükmedilemeyeceğini müdafaa etmektedir.

Biz bu münakaşalarda, rakaba mülkiyeti etrafındaki mülahazaların bu derece hararetli olmasını yadırgıyoruz. İslam Hukukuna göre toprak üzerindeki "rakaba" mülkiyeti, gerçi bir takım hukuki tasarruflara tesir etmektedir, fakat hiçbir zaman toprağı, toprağa veya mahsulüne ait mükellefiyetten kurtarmamaktadır. Arazi ister öşri, ister haraci olsun, hatta vakfedilmekle, ondaki harac ve mahsulündeki öşür mükellefiyeti kalkmamaktadır. Hal böyle olunca geriye mülk olan toprağın sahibinin elinden alınmaması, mülk olmayanın ise zilyedin elinden alınabilmesi meselesi kalıyor. İslam Hukukuna göre ister malik, ister zilyed olsun, bir şahsın elindeki toprak, onun elinden, haklı bir sebep bulunmadıkça alınamayacağına göre,[320] arazinin çiftçinin mülkü olması ile olmaması arasında bu noktada fark yoktur. Nitekim Hanefi içtihadında haraci arazi, bu araziyi işleten çiftçilerin mülküdür, ama mazeretsiz olarak ekip biçmedikleri senelerin haracı kendilerinden tahsil edilir.[321] Hatta, mazeretsiz olarak üç sene arka arkaya işletmezlerse Arazi Kanununa göre (md. 68), toprak ellerinden alınabilmektedir. Buna mukabil, bir devlet başkanının ikta (tahsis) ettiği toprağı, ikta edilen şahsın mülkü olup olmadığı tartışmalı olmakla beraber onun da -vergisi ödememek gibi bir kusuru bulunmadıkça-arazisi elinden alınmamaktadır. Öşri arazide ise durum değişiyor: Öşri arazi, sahibi, ister malik ister zilyed olsun, arazisini işlemediği yıllar için vergi borçlanmaz. Çünkü o, mahsulden vergi (öşür) mükellefidir. Arazisini hiç işlemese ne olur? Bu mes'ele tartışmalıdır. O halde İslam Hukuku'na göre arazinin rakaba mülkiyetinin şuna-buna ait olmasından çok arazinin öşri veya haraci karakteri önemlidir.

319 İbnu'l-Humam, *Feth,* XI, 37.

320 Ebû Yusuf, *el-Harâc,* s. *64.*

321 el-Merginâni, *Hidaye, (Feth ile),* VI, 40; Kâsâni, *Bedâyi',* VI, 193.

Cevaplandırılması gereken bir soru karşımıza çıkıyor: Haraci arazinin bu karakterinin herhangi bir sebeple değişip değişmeyeceği mes'elesi.

Hanefilere göre haraci arazinin karakteri değişmez. Haraci arazi başlangıçta gayrimüslimlere ait arazidir. Haraca konu olması da bundandır. Bir arazi haraci karakterini aldıktan sonra ise o yeri müslüman da satın alsa arazinin harac arazisi olma karakteri değişmez ve eski gayrimüslim sahibinin ödediği haracı ödemeye müslüman devam eder. Sadece müslüman olduğu için ayrıca ve ilaveten öşür de ödeyip ödemeyeceği mes'elesi tartışmalıdır. Hanefilere göre ayrıca öşür ödemez. Diğer üç mezhebe göre haraca ilaveten öşrü de öder.[322]

Dikkatimizi çeken bir başka yanlışlık var: Sanki bir kimsenin beytülmale intikal etmiş bir yeri satın alması onu vergiden muaf kılmaktadır.[323] *Bahru'r-Raik* sahibi İbn Nuceym'in müdafaa ettiği bu tezi kitabına alan Dürrü'l-Muhtar sahibi Haskefi'ye *Reddu'l-Muhtar* sahibi İbn Abidin itiraz etmekte ve haracdan muaf olsa bile öşürden muaf olmaz demektedir.[324]

Halbuki halledilecek ilk mes'ele, devletin, kamuya ait gayrimenkulü satmasının caiz olup olmadığı, sonra da bu yerin haraci mi öşri mi olduğudur.

Fıkıhta, kamuya ait toprakları, devletin, rakaba mülkiyeti ile birlikte ikta edebileceğini ilk savunan zat, İbn 'Âbiîin olmuştur.[325] Ondan evvel de Bahru'r Raik sahibi İbn Nüceym müteahhirinin muhtarı olduğunu bildirerek iki kat kıymetle olduğu takdirde satışın caiz olacağı görüşünü savunmuştur.[326] İşin garip tarafı, İbni Abidin'in kendi görüşünü, İmam Ebu Yusuf'a dayandırmış olmasıdır.[327] İbn-i Abidin'in bu nokta-i nazarı, daha sonra, 1274 Tarihli Kanunname-i Arazi şarihleri'ne kaynak teşkil etmiştir.[328] Bu şerhler de daha sonraki araştırmalara mesela Ö. Lütfi Barkan'a kaynak olmuştur.[329]

---

322 el-Marginâni, *Hidâye, (Feth ile),* VI, 40-41; *Dürrü'l-Muhtar,* III, 287.

323 *Dürrü'l-Muhtar,* III, 227, 626 İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar,* III, 227, 8.

324 İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar* III, 277.

325 İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar,* III, 288-289.

326 Haskafı, *Dürrü'l-Muhtar, (Reddü'l Muhtar* ile), III, 280-281.

327 İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar,* III, 88.

328 Krş. Haydar, *Şerh-i Cedid li-Kânûni Arazi,* 2. maddesinin şerhinde s. 16-17; Halis Eşref, *Külliyat-ı Şerh-i Kanuni Arazi,* İstanbul, 1315, 2. madde şarhi s. 60. vd.

329 Ö. Lütfi Barkan, ag. mak. s. 158.

Halbuki işin aslına bakılınca görülür ki İmam Ebu Yusuf, ikta'ı özel nitelikteki bazı yerler için mevzubahis etmiştir. Hatta iktaa mevzu olacak yerleri önceden tahsis etmiş ve hep o tahdide atıflar yaparak İkta'ın hükümlerini açıklamıştır. İbn Abidin ise mevzuun başındaki tahdidden sarf-ı nazarla sırf daha sonraki hükümler üzerinde durmuştur.[330]

Durumu yakından görebilmek için İmam Ebu Yusuf'a ait Kitabu'l-Harac'ın "Katayi" bahsinden nakiller yapalım:

"Ebu Yusuf dedi: Irak arazisinde ikta'a konu olacak yerler şunlardır:

a) Kisraya ait olan bütün mallar

b) Vezirlerine (maraziba) ait olan bütün mallar

c) Hanedana ait olan bütün mallar

Bir şartla ki, bu mallar herhangi bir kimsenin zilyedliğinde bulunmamalıdır".[331]

İmam Ebu Yusuf'un bu prensip maddesi, birçok kimsenin dikkatinden kaçmaktadır.[332]

Ebu Yusuf, bu prensip maddenin dayandığı üç rivayet kaydettikten sonra şöyle diyor:

"İşte bu mallar, kimseye ait olmayan, herhangi bir varisin zilyedliğinde de bulunmayan (beytulmale ait) mallar gibidir. Adaleti gözetmek şartı ile Devlet Başkanı (beytulmaldaki) bu maldan İslam için hayırlı gördüğü tarz ve şekilde uygun gördüğü kimselere verebilir. Bu topraklar da aynen böyledir. Bana göre, Iraktaki ikta'ların prensibi budur. Haccac'ın yaptıklarına karşılık Ömer b. Abdulaziz'in tasarrufu da bununla izah edilir. Zira Hz. Ömer Irak arazisinden yaptığı ikta'larda sünnete uygun hareket etmiştir. Dürüst hareket eden devlet başkanlarının yaptıkları ikta'ı, sahiplerinin ellerinden almaya hiç kimsenin hakkı yoktur".[333]

---

330 Krş. Ebû Yusuf, *el-Harac,* s. 62 vd. "Katayi" bahsi; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar,* III, 288.

331 Ebû Yusuf, *el-Harâc,* s. *62.*

332 Bkz. msl. *Kitabu'l-Harâc,* Müellif, Kadı Ebû Yusuf, Çeviren Ali Özek, İstanbul 1973, s. 103: Bu prensip madde bu tercümede, konu başlığı imiş gibi, başlık altında parantez içinde gösterilmiştir.

333 Ebû Yusuf, *el-Harâc,* s. 63.

İmam Ebu Yusuf böylece, “amir” (mevat olmayan) araziden ancak başlangıçta beytulmale intikal etmiş bulunan sahipsiz yerlerin ikta’a konu olacağını bildirdikten sonra, ikta’a konu olabilecek diğer arazileri de şöyle tarif etmiştir:

“Irak, Hicaz, Yemen, Taif ve Arap topraklarından herhangi bir toprak:

a- Gayri amir ise, (Yani imar edilmemiş, mevat ise),

b- Kimsenin hakkı değil ise,

c- Kimsenin zilyedliğinde değil ise,

d- Kimsenin mülkiyetinde değil ise,

e- Kimseye miras olarak intikal etmemiş ise,

f- Üzerinde imar eseri de yoksa.

İşte bu vasıflardaki toprağı devlet başkanı birine ikta etmişse ikta edilen kişi de bunu i’mar (ihya) etmişse bakılır: Arazi haraci arazi bölgesinde ise harac’a; öşür bölgesinde ise öşür’e tabi olur”.[334]

Görüldüğü gibi beytülmale intikal etmiş bulunan sahipsiz arazi, İmam Ebû Yusuf’a göre, diğer menkul mallar gibidir. Devlet başkanı ondan, münasip gördüğüne ikta edebilir.

Geriye iki soru kalıyor:

1- Bu ikta temliki ikta’mıdır yoksa iştiglalen ikta’mıdır?

2- Haraci araziden beytulmale mesela varissiz ölümden intikal eden arazi de ikta’a konu olabilir mi?

Birinci sorunun cevabı tartışmalıdır; fakat İmam Ebû Yusuf’un görüşü açık; Diyor ki: “Hiç bir devlet başkanı ikta’ edilen toprakları ikta’ edilen kimsenin elinden alamaz. Meğer ki devletin o şahıs üzerine vacib olmuş bir hakkı buluna.” Burada söz konusu hakkın vergi olduğu açıktır. O halde elinden almak için de almamak için de rakaba mülkiyetine malik olması veya olmaması fark etmiyor, “elinden alamaz.” sözüne bakılırsa, ikta’ın temlik ifade etmediği söylenebilir. Maamafih, yukarıda söylediğimiz gibi bu konu ihtilaflıdır.[335]

---

334 Ebû Yusuf, *el-Harâc,* s. 65.

335 Tabari kesinlikle temlik ifade etmediğini söylüyor. Bkz. *Fethulbârî,* V. 36-37; ve VI, 192; Şevkâni, *Neyl,* V. 350.

İkinci soruya gelince şartlara dikkat edilirse, eski sahibinden beytülmale intikal eden toprak sadece malik, zilyed veya hak sahibi olarak sahipsiz olmayacak, aynı zamanda üzerinde imar eseri de bulunmayacak, yani "mevat" haline gelmiş bulunacaktır.

İmam Ebu Yusuf'un bu tariflerinden ikta'a konu olacak yerleri ikiye ayırdığı anlaşılıyor:

1- İslam ülkesine katılırken sahipsiz olan topraklar, devlet mülkiyetine (kamu mülkiyetine değil) geçer. Bu topraklar ister imar edilmiş ('amir) olsun ister mevat olsun. Devlet Başkanı bu toprakları tıpkı Beytülmaldaki menkul mallar gibi, İslam'ın hayrına uygun gördüklerine tahsis edebilir. Tahsis ettiği bu yerlerden arazinin bölgesine göre öşür veya haraç alır.

2- İslam ülkesine katıldığı sırada sahipli iken sonradan, mesela sahibinin varissiz ölümü ile beytulmale intikal eden topraklar, kamu mülkiyetine (devlet mülkiyetine değil) geçer. Bu toprakların idaresi beytülmaldeki menkul mal idaresine benzemez. Gayrimenkul mal idaresine benzer. Onun için bu topraklar, rakaba mülkiyeti ile kimseye temlik edilemez. Bu toprakları kamu namına devlet işletir. Gelirini kamu hizmetlerine harcar. Burada devlet başkanı, tıpkı yetimin malını idare eden veli gibi davranacaktır. Yetimin velisi, yetimin nafakasını başka türlü sağlayamama gibi bir zaruret olmadıkça, yetime ait gayrimenkulü satamadığı gibi, kamuya ait gayrimenkulü de -Allah korusun-müslümanlar (kamu) bu manada muhtaç olmadıkça devlet başkanı satamaz. İbnu'l-Humam'ın Mısır toprakları münasebetiyle serdettiği mütalaa ve verdiği fetvanın ifade ettiği mana da budur.[336] Daha kısa bir ifade ile toprakları:

a) Şahıs mülkü

b) Devlet mülkü

c) Kamu mülkü

diye bir tasnife tabi tutmak gerekmektedir.

Devlet, şahıs mülküne zaruret ve maslahat olmadıkça dokunamadığı gibi, kamu mülkü olan toprakların rakaba mülkiyetini de -Allah korusun-müslümanların (kamu) muhtaç olması gibi bir zaruret ve maslahat olmadık-

336 Bkz. s. 215.

ça, elinden çıkaramaz. Devlet mülkiyetindeki topraklarda ise, tıpkı beytülmaldaki menkul mallar gibi maslahata göre tasarrufta bulunabilir.

Netice olarak diyeceğiz ki, Hz. Ömer'in kıyamete kadar gelecek nesilleri hesaba katarak, gelirini bütün müslümanlara (kamu) vakfettiği haraci arazi, -ki tekrar edelim, bu haraci arazi fetih sırasındaki işlenen sahipli topraklardır- Hiç bir suretle harac gelirinden temelli istisna edilemez.

Derebeylik çağı olarak bilinen bütün Ortaçağ boyunca ve zamanımıza kadar, tarih içinde gelmiş geçmiş müslüman toplumlarda bu arada Türkiye'de ve Türkiye ile birlikte Osmanlı imparatorluğu'nun mukadderatına az çok uzun bir müddet iştirak ederek bu mukadderat iştirakinin vermiş olduğu bünye hususiyetlerini iktisap etmiş olan memleketlerin çoğunda büyük toprak asaleti sınıflarının (toprak aristokrasisi) teşekkül edememiş olması[337] hiç şüphesiz;

a) Hz. Peygamber'in şahsi "hama" yı yasaklayan,

b) Toprak mülkiyetini elde etmeyi "ihya" şartına bağlayan,

c) Kur'an-ı Kerim'in İslam ülkesine harpsiz katılan toprakların tamamını "servetin sayılı ellerde dolaşan bir devlet olmasına meydan vermeme"[338] gerekçesiyle kamulaştıran,

d) Hz. Peygamber'in, Hayber'in yarısını devletleştiren, yarısını şahıslara dağıtan ve nihayet, e) Hz. Ömer'in fethedilen Irak, Suriye ve Mısır arazilerinden bir kısmını kamulaştıran, bir kısmını devletleştiren; devletleştirdiği topraklardan bir kısmını da şahıslara ikta eden muvazeneli toprak siyasetinin eseri sayılmak gerektir.

Bu husus, Hz. Ömer'in Haşir Sûresinin 10. ayetinden aldığı ilham çerçevesindeki idealinin ne kadar yüksek ve ne kadar gerçekçi olduğunun da belgesi sayılmak gerektir. Özetlersek.

1- Fetih yolu ile (anveten) zaptedilen sahipli topraklardan dağıtım dışı tutulanlar, "kamu" mülkiyetine geçer.

2- a) Fethedilen topraklardan sahipsiz olanlarla devlet adamları ve hanedana ait topraklar "devlet" mülkiyetine geçer.

---

337 Barkan, *Türk Toprak Hukuku Tarihine Bir Bakış,* s.1.
338 Serahsi, *Mebsut,* II, 212.

b) Sulh yoluyla (harpsiz) İslam ülkesine katılan topraklar, devlet mülkiyetine geçer.

3- Sahipsiz topraklardan "mevat" olanlar ancak "ihya" yolu ile özel mülkiyete konu olabilir.

4- İhyanın dışında ancak:

a) Bir ülkenin, halkı kendiliğinde müslüman olarak İslam ülkesine katılmış olması (Medine ve Endonezya toprakları gibi),

b) Bir ülkenin, toprak mülkiyeti halkına ait olmak şartıyla yapılan sulh andlaşmasına göre İslam Ülkesine katılmış olması,

c) Fethedilen ülke toprağının gazilere taksim edilmesi (Hayber toprakları gibi) durumlarında, özel mülkiyete konu olabilir.

Mekke toprakları bunun istisnasıdır. Mekke fetih yolu ile (anveten) zabtedildiği halde toprakları gazilere taksim edilmediği gibi harac'a da tabi tutulmamıştır. Yerli halkına, eskiden olduğu gibi, mülk olarak bırakılmıştır.[339]

5- Devlete ait topraklar ile kamuya ait toprakların gelirleri, maslahat'a göre ikta' yolu ile dağıtıma konu olabilir.

6- Kamuya ait toprakların rakaba olarak temliki ancak maslahat ve -Allah korusun- zaruret şartlarına bağlıdır.

7- İhya ve ikta'ın rakaba mülkiyetini ihtiva edip etmediği tartışmalıdır.

E) Maden Mülkiyeti

İslam Hukuk Sisteminde maden mülkiyeti iki ayrı açıdan değerlendirilir:

1- İstihsal edilen maden,

2- Kaynağındaki cevher.

2- İstihsal edilen maden, ne cins maden olursa olsun su, ot, ateş ve tuz gibi mübah mallardan olup normal olarak bulana yani istihsal edene ait olur.

Bir pınardan, kuyudan veya ırmaktan bir kaba alınan su, alana ait olduğu gibi, madenlerden istihsal edilen de istihsal edenin olur. Yalnız, madenlerden altın, gümüş, demir, bakır ve kurşun gibi eritilip döküme; saç ve çubuk

339 Ebû Yusuf, *el-Harac,* s. 75. Ayrıca bkz. s. 68, 69, 74; İmam Malik, *Muvatta*, II, 470.

yapımına elverişli olanlar, tıpkı ganimetler gibi beşte bir (humus) nisbetinde vergiye tabidir. Bu madenler hangi cins arazide bulunmuş olursa olsun, ister haraci ister öşri arazide, hatta ister hane ve arsada bulunsun, bunlardan beşte bir nisbetinde vergi ödenir. Serahsi, Mebsut'unda, bu konuda herhangi bir ihtilaf zikretmemektedir. İmam Malik'e[340] ve İmam Ahmed b. Hanbel'e[341] göre de hüküm aynı. Sadece vergi nisbetinde ihtilaf vardır. İmam Malik'e göre maden kolay çıkarılabilmişse bu nisbet beşte bir; masraflı bir şekilde istihsal edilmişse bu nisbet kırkta bir olur. İmam Şafi'iye göre ise, altın ve gümüşten başka madenler, maden olarak zekata (vergi) tabi olmaz. Altın ve gümüşten ise kırkta bir olur.[342]

Bütün bu mülahazalar, baştan söylediğimiz gibi elde edilen maden hakkındadır. Yoksa, hiçbir müçtehid, kaynaktaki (filiz) cevher üzerinde ne yer sahibi ne de bulan için bir mülkiyet hakkından söz etmemektedir. Aksine Serahsi Mebsut'unda,[343] İmam Malik Müdevvene'de[344] Hanbeliler Mu'camu Fıkhu'l Hanbeli'de[345] madenlerin rakaba mülkiyeti olarak hiç kimseye ikta edilemeyeceğini, bunların, bütün insanların ortak oldukları mubah mallar olduğunu bildirmektedirler. Hatta mebsut, daha müşahhas misaller vermektedir: "Bir kimse, devletin kendisine ikta' ettiği (işletme imtiyazı verdiği) bir maden ocağında işçi çalıştırsa, ocaktan maden çıksın çıkmasın, az çıksa da çok çıksa da işçinin ücretini yüklendiği için, istihsal edilen maden işverenin olur. İstihsal ettiği madenin ise beşte birinden az olmamak üzere, devlet ile anlaştıkları nisbette vergi verir. İşçilerin ücretini de verir. Fakat bu iş yerinde, işveren durumundaki bu kişi ile iş akdi yapmış olmayan bir kimse kendi bildiğine gidip istihsal yapsa, istihsal ettiği madenin beşte dördü bu kişinin olur. Çünkü, ikta' edilmekle maden kişinin mülkiyetine geçmez, kaynağındaki maden, hadiste bildirilen "su", "ot" ve "ateş" gibi ortak mubahlardandır".[346]

Fıkıh kitapları bu kaideyi bütün mubahlara teşmil eder ve mesela bir kimse ile, ormandan odun toplamak üzere ücret sözleşmesi yapan kimse, çalışma saatlerini belirlememişlerse, çalışan kimsenin topladığı odun, bu işi

340 İmam Malik, *el-Mudevvene,* V, 51.

341 *Mu'camu Fıkhı'l-Hanbeli* s. 920.

342 Şafi'i *el-Ümm,* II, 42-43; Serahsi, *Mebsût,* II, 211.

343 Serahsi, *Mebsut,* II, 212, 217.

344 İmam Malik, *el-Müdevvene,* V, 51, VI, 192-193.

345 İbn Kudâme, *el-Muğni,* VI, 156 (4338) ve V, 520'ye atfen *Mu'camu'l Flkhi'l-Hanbeli,* s. 920.

346 Serahsi, *Mebsût,* 11, 217.

kendisine teklif edenin değil, toplayanın olur.[347] Çünkü topladığı şey mubah maldır. Mubah şeyler ise normal olarak elde edenin olur.

Fıkıhtaki bu hükümlerin delili, ortak mubahlar (su, ot, ateş) ile ilgili hadis ve Hazreti Peygamber (s.a.v.)'in tuzluk ikta'ına dair hadistir.

"Ebyad b. Hammal'ın anlattığına göre bu zat Hz. Peygamber'i ziyaretle (yerini tarif ettiği) tuzluğun kendisine ikta edilmesini istemiş ve Hz. Peygamber de ikta' etmiştir. Tam oradan ayrılacağı sırada orada bulunanlardan bir kişi; Hz. Peygambere; "Neyi ikta ettiğinizi biliyor musunuz, (Ya Resulallah)?, siz ona sanki bir kaynak su ikta etmiş bulunuyorsunuz, demiştir. Ravi Ebyad bunun üzerine o ikta'ı Hz. Peygamber'in geri aldığını söylüyor".[348]

Bir diğer delil de *"Madenlerde beşte bir (zekat) var"* hadisidir.[349]

Fıkıhta durum bu iken Kanunname'i Arazinin 107'nci maddesi, öşri ve haraci arazide çıkan madenlerin beşte biri, beytülmale, beşte dördü arazi sahibine; şehir içindeki hane ve arsalarda çıkan madenlerin tamamının yer sahibine, miri arazide çıkan madenlerin tamamının ise canibi beytülmale, metruk arazide bulunan madenlerin beşte birinin beytülmale, beşte dördünün bulana ait olacağını bildirmekle mütemmim cüz kaidesini uygulamıştır. Sanki maden, arazinin bir mütemmim cüz'üdür ve dolayısıyla arazi sahibine aittir.

Kanunun kaynağı olarak fıkıhta Mülteka ile onun tercümesi Mevkufatı ve Arazi Kanununun bu maddesini karşılaştıran H. Nail Kubalı, bu düzenlemede haklı çelişkiler tesbit etmekle beraber netice itibariyle, evvelki hukukumuzda madenlerin, belli başlı üç nazariyye (mütemmim cüz, sahipsiz mal ve Devlet mülkiyetinden her üçünü bünyesinde topladığı ve fakat miri arazi rejiminin Devlete sağladığı avantajla bunun, domanialite (Devlet Mülkiyeti)'ye varan bir düzenleme olduğu kanaatine varmıştır.[350]

Biz de Kanun-i Arazide gördüğümüz fıkıhtan farklı düzenlemenin kaynağını aradık: Kasani'ye ait Bedayi'de bulduk. Kasani, Serahsi'den farklı olarak

347 Hamevi, II, 56; *el-Mudevvene*, V, 51 ve bütün fıkıh kitapları "icara" bahisleri

348 *Ebû Dâvud,* İmâre, 36 h. no. 3064; *Tirmizi,* Ahkâm, 39, h. no. 1380; *İbn Mâce,* Ruhûn, h. no. 2475.

349 *Buhari,* Musâkat, 3, Zekat, 66; *Ebû Dâvud,* İmâre, 40; Diyyat, 27; *Müslim,* Hudûd, 45, 46; *Tirmizi,* Ahkâm, 37.

350 Krş. Kubalı, H. Nail, *Eski mevzuatımız ve Maden Mülkiyeti, Ebu'l-ûla Mardin*'e armağandan ayrı bası, 1944 İstanbul, s. 795-825.

hatta mebsutun tam zıddı bir tarzda "mülk arazide bulunan madenlerin, bulan kim olursa olsun, arazinin sahibine ait bulunduğunda ihtilaf bulunmadığını" bildirmektedir.[351] Bu ise, Serahsi'nin haklı delillere dayandırdığı ve diğer içtihadlarla müşterek mübahlar prensipine de uyan bize göre haklı görüşe uymamaktadır. Bu iki önemli Hanefi kaynağın yanında bir üçüncü önemli kaynak olan Hidaye'de durum biraz daha değişiktir; Merginani'ye göre arazi'de ihtilaf yoktur. Çıkarılan madenin beşte dördü çıkarana aittir. Sadece hanesinde maden bulan, İmam A'zam Ebu Hanife'ye göre bundan hiç bir şey ödemeyecek; İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise hanede bulunandan da beşte biri beytülmale ait olacaktır.

Dikkat edilirse Hidaye'deki ifade kapalıdır. "Hanesinde bulan" deniliyor, "hanede bulunan" değil. Fakat, durum onu gösteriyor ki tartışma, beşte bir üzerinde olduğuna göre, beşte dört mutlaka hanenin sahibinin olacaktır, denmek isteniyor.

Biz Serahsi'nin görüşünün Hanefi görüşünü yansıttığını kabul ile en az üç mezhebe (Hanefi, Maliki ve Hanbeliler) göre, İslam Hukuku'nda madenlerin "kaynak mülkiyeti"ne konu olamayacağını, madenlerin ortak mübahlar gibi "insanların onlarsız edemeyeceği ve üretilmeleri ve çoğaltılmaları beşer elinde olmayan hazır ilahi nimet ve servetler, şirket-i amme-i ibahiyye ile müşterek yani bütün insanlara ortak olarak mübahtır" kaidesine tabi olduklarını söyleyeceğiz.

Madenlerden bir kısmı mali mükellefiyet bakımından da üç mubahlara, mesela suya, benzerken, bir kısmı, "rikaz" hadisinden dolayı ganimet nisbetinde vergiye tabidir. Bu ise, malın hiç bir durumda belirli kişilerin elinde toplanmasını istemeyen İslami ilkenin en güzel bir uygulama örneğidir.

Şunu da belirtelim ki önce "katı" ve "sıvı", sonra da "eritilip kalıba dökülebilen" ve "eritilip dökülemeyen" şeklinde tasnif edilen madenlerde beşte bir verginin sırf "eritilip kalıba dökülebilen" madenlere hasredilmesi yanında, Serahsi bu vergi muafiyetinin maden olarak vergilendirme ile ilgili olduğunu, bunlar mal olarak ticaret konusu yapıldığı takdirde zenginlik nisabını bulduğu an her mal gibi bunların da tabii olarak vergiye (zekat) konu olacaklarına tenbihen işaret etmektedir ki bu nokta çok önemlidir. Madenler beşte bir nisbetinde vergiye tabi olmakla beraber petrol vergiye tabi değildir hükmü bir anda anlaşılmıyor. Evet, maden miktar olarak beş gram ve onu çıkaran fakir

---

351 Kasani, *Bedâyi',* II, 67-68.

ve borçlu olsa bile çıkardığı her beş gram madenden bir gramını beytülmale verecektir. Petrol çıkaran ise onu kendi ihtiyacında kullanmak için çıkarırsa beş kovada bir kovayı vergi olarak vermeyecektir ama, onu ticaret malı yaparsa o takdirde maden vergisine yani beşte bire tabi olacaktır. Çünkü istihsalinde insanın katkısı sadece kaynağından çıkarmaktan ibarettir. Maamafih, az önce gördüğümüz gibi, İmam Malik çok zor istihsal edilen madenlerin kırkta bir vergiye tabi olacağını, beşte bir verginin ise kolay istihsal edilen madenlerden alınacağını söylüyor.[352]

Serahsi'nin, "Bir kimse maden aramak için kazı yapsa ve bir yere kadar varsa, devamını bir başkası kazsa ve madeni bulsa, çıkardığı maden kimin olur?" sorusuna "ikinci kazanın olur. Çünkü o ele geçirmiştir. Kaynağındaki maden su gibi mübah maldır. Hadiste bildirildiği gibi "av ürkütenin değil yakalayanındır" cevabını dikkate alarak[353] *İslam Hukuku'na göre maden mülkiyetinin ne "mütemmim cüz" (accession), ne "sahipsiz mal" (resnullius) ne de "Devlet Mülkiyeti tanıyan" (domanialiter) bir karakter taşımadığını; Madenlerin kamu karakterli mübah ve beşte biri kamunun; beşte dördü bulanın olmak üzere temelde ortak mübahlardan olduğunu; kesinlikle kaynak mülkiyetine konu olamayacağını; Kamu namına ise Devletin müslüman, gayri müslim, yerli, yabancı şartların elverdiği ve maslahatın (kamu yararı) gerektirdiği herkese işletme imtiyazı verebileceğini; bu takdirde ise mutlaka beşte bir (humus) kamu hakkını beytülmale alıkoyacağını söylemekle bu bahsi bitireceğiz.*

352 Serahsi, *Mebsût*, II, 212, 217; İmam Malik, II, 287 - 289.
353 Serahsi, *Mebsût*, II, 212.

V- GAYRİMEŞRU KAZANÇ YOLLARI

İslam Hukuk sisteminin ana kaynakları Kitap (Kur'an-ı Kerim) ve Sünnet (Hadisi Şerifler) te bazı kazanç yollarının sahibine mülkiyet hakkını kazandırmayacağı açık bir şekilde belirtilmiştir. Bunları şöylece sıralayabiliriz:

A- Başkasının Malını Onun Rızası Olmadan Ve Haksız Olarak Almak

Bunu "gasb", "hırsızlık" ve "zimmet" başlıkları altında inceleyebiliriz:

1- Gasb

Bir mal üzerindeki meşru zilyedliği (yed muhikka) kaldırmak veya bir mal üzerinde gayrimeşru zilyedlik (yed mubtila) kurmak veya her ikisidir.

Pratikte bir çok hukuki neticeleri olan bu doktriner tartışma, konumuzun dışındadır. Sadece şu kadarını söyleyelim ki hem meşru zilyedlik kaldırılmış hem gayrimeşru zilyedlik kurulmuşsa, gasb fiili ittifakla meydan gelmiş olur. Bütüh fıkıh kitaplarında "gasb" adı ile ayrı bölümde incelenen gasb fiili, ayet ve hadislerle yasaklanmıştır:

a) "Ey İman edenler, mallarınızı aranızda batıl (haksız) bahanelerle yemeyin. Kendiliğinizden rızalaşarak akdettiğiniz bir ticaret olmak başka." (Nisa, 29)

b) "Yetimlerin mallarını zulmen (haksız olarak) yiyenler muhakkak karınlarında sırf bir ateş yerler ve yarın bir çılgın ateşe yaslanırlar." (Nisa, 10).

c) "Müslüman kişinin malı ancak kendi gönül hoşnudluğu ile helal olur, başka türlü helal olmaz." (Hadis).[354]

354 Ahmed b. Hanbel. V, 72; Serahsi, *Mebsut,* XI, 49.

d) "Müslümana hakaret etmek (sebb) fısk; onunla dövüşmek (kıtal) küfürdür. Müslümanın malı tıpkı kanı gibi haramdır." (Hadis).[355]

e) "Veda" Hutbesinden: *"Dikkat ediniz, kanlarınız, ırzlarınız ve mallarınız (birbirinize) haramdır. Tıpkı şu bulunduğum yerde, içinde bulunduğum şu ayın, içinde, bulunduğum şu günün haram olması gibi."* (Hadis).[356]

Görüldüğü gibi bir insanın canına tecavüz nasıl yasak (haram) ise malına tecavüz de aynen öyle haramdır.[357] Bu sebepledir ki sadece dünyevi muamele ve hüküm olarak yasak olmakla kalmaz, aynı zamanda kişinin ahiretini ilgilendiren bir günah (ism) olur. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v.) bunu da sarih bir şekilde haber vermiştir:

"Kim toprağın bir karış mikdarına (bile) tecavüz ederse, Allah kıyamet gününde o toprağı yedi kat yerin altına kadarki miktarı ile ateşten halka yapıp onun boynuna dolar." (Hadis).[358]

Ancak, gasbın ahirete ait sorumluluk doğurması için bu fiilin bilerek işlenmesi gerekir.[359] Bu kayda dikkat edilirse, İslam Hukuku'na göre gasbın sadece bile bile almak olmadığı, başkasının malını bilmeden veya yanlış muamele ile almanın da malî muamele bakımından gasb sayılacağı anlaşılır. Ne varki bilmeyerek meydana gelen gasb fiilinden ahirete ait sorumluluk doğmaz. Zira, bir fiilin gasb fiili olması için tarifinde gördüğümüz gibi nihayet yed-i muhikka'nın izalesi ve yed-i mubtıla'nın ikamesidir. Kısaca bir malın haksız yere el değiştirmesine gasb denir. Şayet kendi malı zannederek almış veya birinden meşru surette satın aldıktan sonra, satıcıdan da önceki tarafından istihkak edilmiş olursa, elinde kaldığı müddet zarfında o mal gasb hükmünü taşımış olur. Ancak, bundan ahirete ait sorumluluk doğmaz.[360] Zira Hz. Peygamber (s.a.v.) *"Ümmetim hata ve unutmadan ileri gelen fiillerinden so-*

355 Ahmed b. Hanbel, I, 446; Serahsi, *Mebsut,* XI, 49.
356 *İbn Mâce,* İkâma, 78; Serahsi, *Mebsut,* XI, 59.
357 Serahsi, *Mebsut,* XI, 59.
358 *Buhâri,* Mezalim, 13; *Müslim,* Müsakat, 142; Ahmed b. Hanbel, IV, 173; Serahsi *Mebsut* XI, 49.
359 Serahsi, *Mebsut,* XI, 49.
360 Serahsi, *Mebsut,* XI, 49.

rumlu tutulmayacaklardır." buyurmaktadır.[361] Burada kaldırıldığı bildirilen ahirete ait sorumluluktur.[362]

İslam Hukuk sisteminde kaza'i ve diyani hüküm ayrılığının bir başka örneğini de burada görüyoruz. İhraz ve işgal ile ilgili bahiste sözünü ettiğimiz iktisabi mururuzaman münasebetiyle gördüğümüz örneğin aksine burada diyani sorumluluk yok, kaza'i sorumluluk var. Kaza'i ve diyani sorumluluğu biz bugünkü dilde dini ve medeni sorumluluk diye ifade edersek konuyu şöyle anlayabiliriz.

İslam Hukuku'nda medeni ve dini sorumluluk çoğu zaman beraber yürür. Bazan da bunlar birbirinden ayrılabilir. Mesela bir gayrimenkulün nev'ine göre on, onbeş veya otuz sene müddetle müdahalesiz bir şekilde birinin zilyedliğinde bulunduğunu farzedelim. Bu müddet sonunda yerin esas sahibi çıkıp dava açsa, bu kadar uzun bir zilyedliğe karşı açılacak mülkiyet davası dinlenmez. Bu bir medeni (kaza'i) uygulamadır. Yani davanın dinlenmemesi demek, zilyedliğin mülkiyet kazandırdığını kabul etmek demek değildir. Mülkiyet hakkı kiminse ahiret hesabına hak onundur. Burada zilyed için medeni (kaza'i) bir sorumluluk yok. Fakat işin içyüzünü bilip bilmemesine göre dini (uhrevi) sorumluluğu olabilir.

Şimdiki misalimiz de bunun aksidir. Adam bir mal satın almıştır. Satıcıyı mal sahibi zannetmektedir. Halbuki sonradan ortaya çıkmıştır ki satıcı mal sahibi değildir (istihkak). Burada bir hatalı muamele var: Satın alan, hukuken haksız bir iktisapta bulunmakla yanlış bir iş yapmıştır. Satın aldığı andan itibaren, istihkakla sahibine geri verinceye kadar başkasının malını elinde bulundurmuş ve ondan yararlanmıştır. Bu durumda medeni (kaza'i) sorumluluğu vardır. Yani bu hatalı muamele istihkak yolu ile düzeltilir. Ancak, bu haksız muamelede dini (uhrevi) sorumluluğu yoktur. Çünkü Allah kullarının "hata" yoluyla işledikleri fiillerinin ahirete ait sorumluluğunu bağışlamıştır.

Gasb fiiline ait hukuki hüküm, gasbedilen şeyin kendisini sahibine (malik) geri vermektir. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v.), "Başkasının malını alan el (zilyed) o malı sahibine geri verinceye kadar sorumludur".[363] "Hiç bir kimse-

---

361 *İbn Mâce,* Talak, 16; serahsi, XI, 49.

362 Serahsi, *Mebsut,* XI, 49.

363 *Tirmizi,* Büyû', 39; *İbn Mâce,* Sadakat, 5; *Ahmed b. Hanbel,* V, 812; Serahsi, *Mebsut,* XI. 49.

nin kardeşinin eşyasını ne şakadan ne ciddi olarak alması helal olmaz. Şayet almışsa derhal geri versin".[364] "Malının bizzat kendisini (ayn) bulan kimse ona (zilyedinden) önce hak sahibidir".[365] buyurmaktadır.

Görüldüğü gibi bilerek veya bilmeyerek başkasına ait bir malı gasbetmek yani haksız zilyedi olmak, hiçbir hal ve şart altında mülkiyet kazandırmamaktadır.

Bugünkü Eşya Hukuku'nda bir temlik sebebi olarak sayılan, bir malı başka hale sokma veya başka şeyle karıştırmak yani "hukuki tağyir ve karıştırma" İslam Hukuku'nda mülkiyet sebebi olma açısından değil, "gasb" ve "vedi'a" açısından incelenir ve bunlara ait hükümler uygulanır.[366] İslam Hukuku bu konuda tağyir ve karıştırma (halt) fiilenden doğan sorumluluğun türü ve ölçüsünü tesbite önem verir. Netice itibariyle malın asıl sahibinin hangi durumlarda kıymet artışını ödemek veya kıymet eksilmesini tazmin ettirmek suretiyle malını geri almak; hangi durumlarda adeta malının telef olduğunu kabul ederek değerini tazmin ettirmek durumunda olacağı üzerinde durulur.

Üzerinde anlaşılan veya mahkemece belirlenen tazminat ödenmedikçe hiç bir durumda malın mülkiyetinin, gasıp durumunda mütalaa edilen o tağyir ve halt fiilini işleyen şahısa geçmeyeceği mes'elesinde ittifak vardır. İmam Şafii'ye göre ise tazminat (bedel) ödenmesi ile dahi ikinci şahsa geçmez.[367]

Kısaca hukuki tağyir ve karıştırma, hiç bir suretle mülkiyet sebebi değildir. Ancak mal tazmin edilirse bu tazminin, gasbı mülkiyete çevirip çevirmeyeceği mes'elesi doktrinde tartışmalıdır.

Hanefilere göre gasb fiilinin ahiret sorumluluğu varsa onu kaldırmamak üzere, gasb, hukukan -buna kaza'en (medeni olarak) demek daha doğru olur- mülkiyete dönüşür. Şafiilere göre ise gasb, tazminattan sonra bile mülkiyet doğurmaz.[368]

---

364 *Ebû Dâvud,* Edeb, 85; *Ahmed b. Hanbel,* IV, 221; Serahsi, XI. 49.

365 *Müslim,* Musakat, 23; 25; *Ebû Dâvud,* Büyü, 74; Serahsi, *Mebsut,* XI, 49.

366 Mecelle md. 788, 897, 899, 1060.

367 Serahsi, *Mebsut,* XI, 52-67.

368 Serahsi *Mebsut,* 52, 67; Ansay, age. s. 85-86; Schact, age. s. 137.

2- Hırsızlık

Doğru adı "serikat", meşhur adı "sirkat" olan hırsızlık, İslam Hukukuna göre ikiye ayrılır; Büyük hırsızlık, küçük hırsızlık.[369]

Büyük hırsızlık, soygun demektir. Yol kesen eşkiyanın yaptığı soyguna büyük hırsızlık denir. Küçük hırsızlık adi hırsızlık demektir.

Hırsızlığın her iki çeşidi de İslam Hukuk sisteminde yasaktır.

Bu yolla elde edilen mal, hırsızın mülkiyetine geçmez. Üstelik her iki hırsızlık fiili aynı zamanda büyük suçlardan olup aralarında uygulanacak ceza bakımından farklılıklar vardır. Gasp fiiline dünyada medeni ceza uygulanırken hırsızlığa medeni cezaya ilaveten cina'i ceza da uygulanır. Çünkü gasp çoğu zaman adam soymaktan çok, yanlış muamele veya hile sonucudur. Hırsızlıkta ise, açık bir kasıtla mala; büyük hırsızlıkta buna ilaveten cana tecavüz vardır.

Adi hırsızlığın cezası, el kesmektir. Soygunun cezası ise çaprazlama el ve ayak kesmektir. Soygunda cana da kıyılmışsa ceza ölüm olur. Ayrıca el ve ayaklarının da kesilmesi, doktrinde tartışmalıdır.[370]

Hırsıza uygulanan cezaya karşılık hırsız çaldığı malı tazminle mükellef tutulmaz. Çaldığı mal ele geçirilirse sahibine teslim edilir. Şayet mal ele geçirilememiş ise hırsıza "çaldığın malların değeri şu kadardır, ya getir ya onların kıymetini tazmin et denmez".[371] Halbuki gasbeden malı telef etmiş veya elinden çıkarmışsa değerini tazminle mükellef olur. Kur'an-ı Kerim'de ve hadisi şeriflerde her iki hırsızlık ile ilgili ayet ve hadisler mevcuttur:

"Gerek hırsız erkek, gerek hırsız kadının ellerini kesiniz. Yaptıklarının cezası olmak üzere. Bu ceza Allah tarafından hırsızlığı önlemek için (nekal) takdir edilmiş cezadır." (Maide, 38)

"Allah'a ve Rasulüne harp ilan edercesine hareket ederek (yol kesip milletin malına canına saldırarak) yeryüzünde fesat çıkaran kimselerin cezası (işledikleri fiillerin derecesine göre) ya öldürülmeleri, ya asılarak idam edilmeleri, ya el ve ayak-

---

369 Serahsi, *Mebsut,* X, 133.
370 Serahsi, *Mebsut,* X, 133-134.
371 Serahsi, *Mebsut,* IX, 156.

larının çapraz olarak kesilmesi yahut hapistir. Bu ceza onları bu dünyada rezil ve rusva edecek bir cezadır. Ahirette ise çok acıklı bir azap hazır." (Maide, 33).

Hz. Peygamber (s.a.v.) gerektiğinde bu hükümleri uyguladığı gibi "çalınan, on dirhemden daha az değerde bir mal ise bu hırsızlık el kesme sebebi olmaz".[372] "Meyva çalmak, kömür çalmak, el kesmeyi gerektirmez".[373] buyurarak konu ve sınırlarını açıklamıştır.

Hırsızlığın İslam Hukuku'na göre çok ağır yüz kızartıcı suç olduğu açıktır. Biz bu konuda mülkiyet açısından bir iki noktaya işaret edelim:

İslamiyet, hırsızlığı bu kadar açık ve kesin bir yasaklama konusu yaparken, kötülük etmekten başka bir maksatla hırsızlık etmesine mahal bırakmayacak sosyal ve ekonomik tedbirler getirmiştir.

Önce, insan bu dünyaya başka gezegenden tek başına gelmez. En azından dünyaya gelmesine sebep olan ana ve babası vardır. Yani insan, bir aile çevresi içindedir. Ve aile çevresi, birbirine karşı nafaka mükellefidir. İnsan muhtaçsa, akrabalarının nafaka borçlarını yerine getirmelerini isteme hakkına sahiptir. İkinci olarak ihtiyaç içinde ise ve hırsızlık yapacak kadar eli ayağı tutuyorsa, hırsızlık gibi zor ve riskli bir işe girişeceğine, alın teri ile ama odun toplayıp satarak ama hamallık ederek, ekmeğini çıkarabilir. Öncelikle mükellefiyeti budur.

Sonra, eğer çalışma gücüne sahip değil veya kazancı geçimine yetmiyorsa, devlete müracaat ile zekat veya fey gelirlerinden (beytülmaldeki sosyal fon) hakkını ister.

Aile muhiti ile devlet arasında, içinde yaşadığı çevre insanları (komşular), muhtaç kimsenin nafakası ile ilgilenmekle mecburiyet derecesinde bir mükellefiyet, Hanbeli Mezhebine göre doğrudan[374] mükellefiyet altındadırlar. O kadar ki bir kimse yiyecek bulamasa, değil komşusu, her hangi bir insandan yiyecek istese, o kimse, kendi ihtiyacından fazla yiyeceğe sahip olduğu halde vermese, ihtiyaç içindeki adamın bu kişiden, muhtaç olduğu yiyeceği zorla alma hakkı vardır. Bu zor, ölüme yol açarsa, muhtaç adamın ölümü halinde

372 Ahmed b. Hanbel, II, 204; Serahsi, *Mebsut,* IX, 136-137.

373 *Ebu Davud,* Hudud, 13; *Ahmed b. Hanbel,* III, 63.

374 İbn Kudame, *el-Muğni,* IX, 420 (7824).

katil muamelesi görür ve diyetini ödemeye mahkum edilir. Şayet ekmeği vermeyen ölürse kanı hederdir".[375]

Sadece bir kaçına işaret ettiğimiz ekonomik ve sosyal tedbirlere rağmen bir kimse hırsızlık yapıyor veya yol kesip adam soyuyorsa, o, fesat çıkarmak isteyen zararlı bir adamdır. Eliyle ve ayağıyla teşebbüs ederek gerçekleştirdiği o fiilin cezası, eli; yerine göre eli-ayağı kesilerek çektirilir. Şunu da ilave edelim ki İslam Hukuk sistemi, cezaların takibat konusu yapılmasında olsun infaz edilmesinde olsun tam bir adalet, maslahat ve insaf ölçüleri içinde hareket eder.

Doktrinde tartışmalı olmakla beraber mesela Hanefi içtihadında ekmek ve et; meyvalardan mesela, nar, üzüm veya sebze çalanın eli kesilmez. Başka cezalar uygulanabilir. Adam evine, samanlığına getirip muhafaza altına almış (ihraz) da olsa, ot, saman, su, odun, kömür, kireç, alçı çalmakla el kesilmez. Hatta isterse altın ve gümüş olsun, cevher halindeki madeni çalanın elinin kesilmesi bile Hanefi içtihadında ihtilaflıdır.[376]

3- Zimmet (Gulûl)

Gulûl "mal-i ganimetten gizli bir şey aşırmak, emanete hiyanet etmektir ki alelumum Devlet mallarında su-i istimal de bu kabildendir".[377] Bu sebeple biz bunun adına "zimmet" dedik. Kısaca gulûl devlet malını çalmak, devlet imkanlarını şahsi menfaatine alet etmektir.

İslam Devlet sistemini, mutlakiyet sistemi ile karıştırma alışkanlığında olan bazı kimseler, İslam'da devlet başkanını, malın-mülkün mutlak sahibi zannederler.[378] Halbuki İslam Hukuk sisteminin ve bu arada başta Hz. Peygamber (s.a.v.) olmak üzere İslam Devlet Başkanlarının, Devlet malının korunmasında ve hakkı hakkınca, yerli yerince kullanılmasında gösterdikleri titizlik, her türlü takdirin üstündedir.

Önce Kur'an-ı Kerim kamu mallarının müstahaklarını bildirerek yerli yerince harcanmasını emretmiştir. Bunları, "Kamu Mülkiyeti" bahsimizde gördük.

---

375 İbn Kudame, *el-Muğni,* IX, 420 (7824).

376 Serahsi, *Mebsût,* IX, 153-154.

377 Elmalılı, II. 1218.

378 Krş. Msl. Kubalı, H. Nail ag. mak.

Sonra da bir emanet olan kamu mallarına hiç kimsenin hiyanet edemeyeceğini en kat'i ifade ile şöyle bildirmektedir:

"Bir peygamber için emanete hiyanet olur şey değildir."

"Her kim hiyanet eder, ganimet ve hasılattan (kamu gelirleri) bir şey aşırırsa, boynuna aldığını kıyamet günü alır getirir, sonra da herkese kazandığı ödenir, hiç birine zulmedilmez." (Âl-i İmran, 161)

Hz. Peygamber (s.a.v.) de:

"Emanete hiyanet eden gaddar (gadir)'e kıyamet günü bir (teşhir) bayrağı dikilir ve denilir ki: -Bu fulan oğlu fulanın yediği hak (gudra)dır.[379]

Amr b. Abese anlatıyor:

Hz. Peygamber (s.a.v.), bize namaz kıldırıp selam verdikten sonra, namaz kılarken karşımızda duran ganimet devesinin bir yanından deve tüyü kopardı ve bize göstererek: *"Sizin hakkınız olan ganimet mallarından bana bu kadarı bile helal olmaz. Sadece bana Allah'ın ayırdığı beşte bir (humus) pay vardır ki o da benden sonra yine sizin olacaktır"* buyurdu.[380]

Kamu mülkiyeti bahsinde işaret ettiğimiz gibi bu hadisi şerife dayanılarak İslam devlet başkanının kamu mallarından ancak ihtiyacı kadar bir pey alabileceği kabul edilmektedir. Değil malın tamamı devlet başkanının kendi öz malı sayılsın ve istediği gibi tasarruf edebilsin, Hz. Peygamber'in "emanet"ine ve tasarrufuna hem de beş sınıf mustahakları bildirilerek ayrılan beşte bir bile Hz. Peygamber'den sonra tamamen kamu malı karakterine bürünmüştür. İslam Devlet Başkanı kamu mallarının şahsen sahibi değil, statü itibariyle sorumlu ve koruyucusu, ancak, kamu gerekleri yönünde mutasarrıfıdır.

Hz. Peygamberin kamu malları konusundaki titizliğini ifade eden bir hadis daha kaydedelim: "Her kim üç şeyden beri olarak ruhu cesedinden ayrılırsa, Cennet'e dahil olur: Kibir, gurur, borç"; "İğneyi, ipliği de eda ediniz: Çünkü kıyamet günü ar, nar ve şinar (yüz kızartıcı) olur.[381]

---

379 *Ebû Dâvud,* Cihad, 162; *Buhâri,* Cizye, Bâbu ismi al-Gadir, 22; Edeb, 99; Hiyel, 9, Fiten, 21; *Müslim,* Cihâd, bab, 8; *İbn Mâce,* Cihad, 42; *Tirmizi,* Siyer, h. No. 1581.

380 *Ebû Dâvud,* Cihad, 161; *Nesai* benzer Hadisi Ubade b. Samit'ten naklediyor, Kısmu'l-Fey', h. no. 4143; *İbn Mâce,* Cihad, h. No. 2850, Serahsi, *Mebsut,* X, 27.

381 Serahsi, *Mebsut,* X, 27; Elmalılı, II, 1218.

Her ne kadar son zamanlarda yaşadığımız dünyada "Devletin malı deniz yemeyen..." şeklinde bir felsefe hakim ise de aynı dünyada kamu malları için çok güzel söylenen "tüyü bitmedik yetimin hakkı" sözü, zimmet konusundaki sorumluluğu anlatabilir.

Demek ki Devlet Başkanı kim olursa olsun, "emanet" olan kamu malını kendine mal etmek yahut iyi korumamak suretiyle ona hıyanet edemez.

Hz. Ömer'in kamu malını koruma konusunda gösterdiği hassasiyet ve titizliği konusunda İmam Şafii'nin senediyle birlikte naklettiği hadiseyi görelim:

"Hz. Osman'ın azadlısı anlatıyor: Bir sıcak yaz günü Hz. Osman'la birlikte yazlıkta idik. Çadırdan dışarıya bakarken önüne deve katmış gelen bir adam gördüm. Öyle sıcak vardı ki sanırsınız yerde kelebekler uçuşuyor, ortalık kaynıyordu. Manzarayı gören Hz. Osman, Allah Allah adama bak, zorun ne be adam, hava serinleyinceye kadar şehirde beklesen de nereye gideceksen ondan sonra gitsen olmaz mı diye söylendi. Ve bana git bak bakalım o kimmiş dedi. Ben dışarı çıktım, baktım ve dedim ki başını gözünü sarmış, develeri de önüne katmış biri, tanıyamıyorum, derken yaklaştı. Yine iyi bak dedi, Hz. Osman bana. Baktım ki Hz. Ömer değil mi imiş! "Emirul mü'minin" dedim. Hz. Osman yerinden kalktı başını dışarı uzattı, ama hemen geri çekti. Yüzüne sanki alev çarpmıştı. Nihayet çadırın hizasına kadar gelmesini bekledi. Çadırın hizasına gelince: -Yahu sen bu saatte dışarı niye çıktın, ne zorun var" diye seslendi. Hz. Ömer cevaben: iki zekat devesi geride kalmış. Halbuki diğer seslendi. Hz. Ömer cevaben: İki zekat devesi geride kalmış. Halbuki diğer zekat develerini otlağa göndermiştim. Bunları onlara yetiştireyim istedim. Korktum, kaybolurlar ve onları Allah benden sorar" diye. Bunun üzerine Hz. Osman: Buyur gel su iç, biraz gölgede serinle, develeri biz götürürüz" dedi. O ise: Sen gir içeri dedi ve yoluna devam etti. Bu manzara karşısında Hz. Osman: "-Kim güçlü ve güvenilir adam (kavi, emin) görmek istiyorsa bu adamı tanısın, adam buna derler, dedi, dönüp kendisini yere attı".[382]

Ayrı ayrı izah ettiğimiz bu gayrimeşru kazanç yolları hususunda netice olarak diyeceğiz ki, ne özel ne kamu mallarından ne gasb ne hırsızlık ne de zimmet ve ihtilas... İslam hukuk sistemine göre mülk elde etmenin meşru yolu değil-

382 el-Ümm, IV, 48.

dir. Bu yolla elde edilen mal kişinin mülkü olmadığı için muhterem de değildir. Dünyada hukuken korunmadığı gibi ahirette de ağır cezalara sebep olur.

B- Kumar

Başkasının malını mülkiyetine geçirebilmek için iki şart görmüştük: 1) Haklı Sebeb, 2) Rıza.

Kumar yolu ile alınan mal tarafların rızası ile de olsa yine meşru bir kazanç olmaz ve o mal üzerinde, alan lehine mülkiyet hakkı doğmaz; çünkü, "rıza" şartını farzetsek bile -ki hiç bir kumarcı haddi zatında gönül rızası ile para veremez- ikinci şart yani "haklı sebep" yok. Kumarda alınan mal ne karşılığı alınmıştır? Bahşiş ise, hediye ise kimden kime? Niçin yenilenden yenen'e? Her iki taraf anlaşmış da olsalar, buna itibar edilemez. Çünkü haddi zatında taraflardan her biri arkadaşına bağışta bulunmaya değil, arkadaşından bir şeyler koparmaya göz dikmiştir. Şayet alırsa ne ala- Alamaz da arkadaşı kazanır ve kendisinden alırsa, bağışta bulunan adamın huzurunu değil, malı zorla elinden alınan adamın sıkıntısını duyacaktır. Rıza bunun neresinde? Öyle bir haleti ruhiyenin, meşru olan bağıştan (hibe) ne kadar farklı olduğunu kavramak güç olmasa gerektir. Sonra burada, mülk edinmenin meşru sebeplerinden hiç birisi mevcut değildir. Ne emek ne de herhangi hikmet ve maslahata bağlı hukuki sebep. Olan sadece, tesadüflerdir. Kazananı kaybedeni ne hür irade ne kanun tayin ediyor. Ya zarın noktaları ya kağıdın resimleri.

Bu manada ne kadar kazanç yolları varsa hepsi, gerek şans, gerek zamanımızdaki at koşuları ve diğer spor müsabakaları ile ilgili müşterek bahisler, meşru kazanç yolları değildir. Çünkü, kazanma ve kaybetme, bahse katılanların iradesine değil, tesadüfen ve tahminen seçtikleri tarafların müstakbel sonuçlarına bağlıdır.

Kumarı Kur'an-ı Kerim Maide (V), 90, 91 ayetleri ile yasaklamış, bu yolla elde edilecek kazancın meşru ve temiz bir kazanç olmadığını bildirmiştir: *"Ey iman edenler, içki, kumar, dikili taşlar, fal okları, bunlar, Şeytan işi murdar şeylerdir. Bunların her birinden sakınınız ki felah bulasınız. Şeytan içki ve kumarda aranıza düşmanlık, kin ve öfke sokmak; sizi Allah'ı anmaktan özellikle namazdan alıkoymak ister. Artık vazgeçtiniz, değil mi?"*

C- Haram Bir İş Karşılığındaki Kazançlar (Rüşvet, Falcılık, Fuhuş)

1- Rüşvet

Rüşvet alan bir iş görmüş olmaktadır ama gördüğü iş, vazifesi ise para neyin karşılığıdır. Vazifesi değil de farklı veya haksız muamele ise yaptığı iş haramdır. Dolayısıyla aldığı da haramdır.

Zekat tahsildarlığından dönen görevli, getirdiği malları ortaya koyunca ayırmaya başlamış: Bu sizin, bu benim, diye. Duruma çok üzülen Hz. Peygamber (s.a.v.) bunu Hutbe konusu yaparak:

"– Şaşıyorum bazı kimselere ki vazifeden geliyor da bazı malların kendisine hediye edildiğini söylüyor. O kadar hatırlı bir kimse ise annesinin evinde otursun da görelim, yine kendisine hediye veren olacak mı?" Bir denesin! "Muhammed'in hayatı kudret elinde olan Allah'a yemin ederim ki, sizden her kim bu yolla bir şey elde ederse, mutlaka kıyamet günü aldığı haram malları boynuna yüklenmiş olarak (mahşer yerine) götürür. Ya bögüren bir deve, ya bağıran bir sığır ya meleyen bir koyun şeklinde boynuna yüklenerek mahşer yerine gelir" dedikten sonra ellerini koltuk altları görülecek şekilde açarak iki kere Tebliğ edebildim mi, Allahım? diye seslendi".[383]

Görüldüğü gibi Hz. Peygamber (s.a.v.) yapılacak en güzel izahı yapmıştır.

2- Fuhuş

Fuhuştan kazanca gelince: O, köleler devrinin bir problemi idi. Dinleyelim:

"Bir de sizden dul olanları ve kölelerinizden cariyelerinizden salihleri evlendirin. Eğer fukara iseler Allah onlara fazlından varlık (gina) verir. Allah vasi'dir, alimdir. Bir nikaha çare ve imkan bulamayanlar, Allah kendilerine fazlından bir imkan verinceye kadar iffetli kalmaya gayret etsinler. Memlüklerinden mukatebe isteyenleri de eğer kendilerinde bir hayır umuyorsanız, hemen kitabete kesin (mükatebe sözleşmesi yapın) ve onlara Allah'ın size verdiği malından verin ve Dünya hayatının üç-beş kuruşunu (meta) kazanacaksınız diye cariyelerinizi fuhuşa teşvik etmeyin. Hele iffetli olmak isterlerse. Her kim de onları o yola zorlarsa şüphesiz Allah onlara ikrahlarından sonra gafurdur, rahimdir." (Nur, 33)

---

383 *Müslim,* İmâre, 26 h. no. 1832.

"Üç beş kuruş dünyalık kazanmak için aşüfteliğe zorlamayınız." yani iffet arzu ederlerken fani dünya meta'ı para ve pul kazanmak için zorla fuhuşa sevk etmeyiniz. "Rivayet edildiğine göre Münafık Abdullah b Übeyy b. Selûl altı cariyesini para kazanmak için zorla zinaya sevkediyordu. İkisi gelip Resullah'a şikayet ettiler".[384] Bu ayet nazil oldu. Bu cümlenin makabli ile olan alakasını da şu cümle açıklar: İşte yukarıdaki emirleri ihmal etmek ehl-i iffeti böyle kerhen zinaya sürüklemeye yakın fenalığa götürür. O halde günah kimin? Bu yola zorlayanın mı, ikrah olunanın mı, ikisinin de mi?

"Onları her kim ikrah etse, şüphe yok ki Allah Onlar ikrah olunduktan sonra -yani o cariyeler razı olmayıp kerhen sürüklendikten sonra- bu biçarelere gafurdur, rahimdir. Yani yapılan fiilin ikrah edilen için de günah olduğunda şüphe yok. Fakat ikrah olunan zavallılar, bu günaha razı olmayıp kerhen sürüklendiklerinden dolayı mazurdurlar. Ve gafur ve rahim olduğunda şüphe olmayan Allah indinde mağfiret ve rahmete şayandırlar. Binaenaleyh, bu zavallılara yardım etmek kurtulmaları için yardımcı olmaktır. Fakat zorla değil de kendi isteyerek yapanlar sürenin başında geçtiği gibi acınmaya layık olmayıp razı olduğu azabın günahına müstahak oldukları gibi ikrah edenin de bütün vebali yüklenerek azaba müstahak olduğunda şüphe yoktur".[385]

Eskiden cariyelerin sırtından geçinen zorbaların yerini bugün kadın ve fuhuş ticareti yapanlar almıştır ki İslam Hukuk sisteminde bu yoldaki kazanç kesinlikle haramdır: *"En kötü kazanç, fuhuş yolunda kazanılan paradır"*.[386]

D- Başta Faiz Olmak Üzere Haram Akidler

1- Faiz

Faiz, belirli müddet için ödünç (kredi) olarak verilen nakit sermaye (para) karşılığında aylık veya yıllık kazanç sağlamaktır. Ev, araba, tarla ve bahçe gibi bir akarı kiraya vermeye benzer gibi ise de, nitekim, Prudhon gibi birçok düşünür, bu ikisini aynı kefeye koymaktadır, aralarındaki fark -biraz yukarıda izah ettiğimiz gibi- açıktır.

---

384 *Ebû Davud*, Talak, 48.
385 Elmalılı, IV, 3512 - 13.
386 *Müslim,* Musakat, 40.

Nakit sermaye verenin de akarı kiraya veren gibi o müddet içinde zira'i, ticari veya sına'i bir yatırımda kullandığı takdirde o paranın kendisine sağlanması muhtemel kazançtan fedakarlık yaptığı doğrudur. Ama bu muhtemel fedakarlıktır, muhakkak değil.

Akar'ını kiraya veren ise hazır faydalanılır haldeki "muhakkak" menfaatinden fedakarlık yapmaktadır. Akar kiracısı akid müddeti boyunca beklediği yarardan istifade edip dururken, bir bakıma o menfaati tüketip dururken, parayı kredi olarak alan akid müddeti içinde çalışacak çabalayacak ve neticede ya kâr edecek ya zarar. Kâr ederse hadi ne ise desek bile ya zarar ederse, hem teşebbüsü yolunda harcadığı o kadar emeği heba olup gidecek, hem de o yetmemiş gibi bir de kâr etmişçesine, önceden kararlaştırılan kârı (faiz) sermayenin sahibine verecektir.

İslam Hukuk sistemi, sadece zarar etme ihtimalini göz önünde bulundurarak değil, kâr etme ihtimalini de dikkate alarak faizi haklı bir ilişki saymamaktadır. Bunun yerine İslam hukuk sisteminin teklif ettiği hukuki muamele yani "mudarebe" bunu izah eder. Mudarebeyi yukarıda anlattık. Tekrar etmeyeceğiz, yalnız faizle karşılaştırmamız gerekiyor.

Faiz sisteminde işletme kâr etmese ve zarar etse de yine faiz ödenecektir. Çok kâr ettiğinde de yine sadece konuşulan kâr (faiz) ödenecektir. Halbuki mudarebe ortaklığında işletme kâr etmezse sadece çalışanın emeği boşuna gidecektir. Tabii sermaye de kâr etmemiş olacaktır. İşletme zarar ederse işletmecinin emeği boşa giderken sermaye de zarara katlanacaktır. İşletme kâr ederse bu kâr emek ile sermaye arasında önceden konuşulan nisbette bölüşülecektir. Az kazanırsa ikisi de az kazanmış; çok kazanırsa ikisi de çok kazanmış olacaktır.

Şu ana kadar incelediğimiz, sermaye yapılan, yatırıma konu edilen faiz ile ilgilidir. Yani zarar ihtimali olsa da hiç olmazsa ihtimal de olsa işin içinde kâr etme düşüncesi vardır. Ya ihtiyacına harcamak için ödünç alınmış olursa bu büsbütün fena bir şey. Çünkü zaten elinde yok. Üstelik ödünç olarak harcadığından fazlasını ödemeye mecbur olacaktır. Teşebbüs ve yatırım sermayesi yapılacak kredi (karz) konusunda faizin yerine bir adı da "kırâz" olan mudarebeyi teklif eden İslam hukuk sistemi, ihtiyaç yani tüketim için mecbur kalınacak istikraz konusunda borç yerine zekat müessesesini ikame etmiştir:

Beytulmaldeki zekat fonu yetmediği takdirde diğer kamu gelirlerinden bu fon takviye edilerek diğer bazı kamu gelirlerinden -mesela fey'- de doğrudan tahsis edilerek tüketim ihtiyacı için borç almak zorunda kalan kimselere zekat fonundan yardım yapılır.

Yukarıda anlattığımız gibi bu konuda zekat ve hazine tek merci değildir. Bundan önce karz-ı hasen nafaka müessesesi var. Ve hazine daima son merci. Ama sorumlu bir merci olarak vardır.

Son olarak şunu da belirtelim ki modern iktisatçıların herhangi dini - manevi bir kaygı ile ilgili olmayan sırf iktisadi yaklaşımla haddi zatında iktisadi görmedikleri faiz, Kur'an-ı Kerim'de çok açık ve çok sade bir şekilde yasaklanmıştır:

"*Allah, alış - verişi helal; faizi haram kıldı*." (Bakara, 275).

Haram bir akid olan faiz akdi, mülkiyet doğurmadığı gibi, aslında meşru olup da konusu haram olan akidler de mülkiyet geçirmez. Mesela konusu, laşe ve kan gibi mal sayılmayan üstelik haram olan şeylere ait alım-satım akdi batıldır ve mülkiyet geçirmez. Bunun gibi de, haddi zatında mal sayıldığı halde müslümana haram olan ve dolayısıyla müslüman için gayrimütekavvin bir mal olan domuz ve şarap alım konusu olmuşsa, akit batıl olup hüküm ifade etmez ve mülkiyet geçirmez. Alım konusu değil de semen yani bedel yapılmışsa, o takdirde akit fasit bir akittir. Ve zilyedlik devredilmişse mülkiyet geçirir. Değilse mülkiyet geçirmiş olmaz. Bir şeyin alım konusu mu semen mi olduğu mes'elesini mübadeledeki bedeller belirler. Eşya - Para mübadelesinde daima eşya alım konusu sayılır. Eşyanın eşya ile mübadelesinde ise her iki taraf hem alım hem satım konusu olabilirken, gayrimütekavvim malın eşya ile tranpası (mukayada) batıl değil fasit akit olduğundan, zilyedliğin devri ile mülkiyet geçirir. Bu kabil hukuki incelikler bilinmediği takdirde haddi zatında meşru olan alım-satım gibi, icare gibi, mudarabe gibi akidler de gayri meşru iktisaplara sebep olabilir. Onun için akid yapanlar, konuların hukuki mahiyetlerini iyice bilmek durumundadır. Her ilim farz-ı kifayedir. Fakat müslümanın, yaptığı işin hükümlerini bilmesi, kendisine farzı ayındır. Hz. Ömer, "alım satım akdinin hükümlerini bilmeyen çarşımızda ticaret yapmasın" derken[387] bunu kasdetmiştir.

387 *Tirmizi,* Vitir, 21.

VI. MÜLKİYET HAKKININ KULLANILMASI

A- Genel Olarak

Mülkiyet Hakkı aslında "mutlak" bir haktır. Ancak, temelde mutlak olan bu hakkın istisna'i bazı takyidleri mevcuttur.[388]

1- Başkasının hakkı (hakk-ı gayr). Mecelle'nin ifadesi ile:

"Herkes mülkünde dilediği gibi tasarruf eder fakat başkasının hakkı taallûk ederse maliki mülkünde istiklal üzere tasarruftan men'eder".

"Mesela fevkanisi (üst kat) birinin tahtanisi (alt kat) diğerin mülkü olan ebniyede (binalar) fevkani sahibinin tahtanide hakkı kararı ve tahtani sahibinin fevkanide hakkı sathı yani güneşten ve yağmurdan tahaffuz hakkı olmakla birisi diğerin izni olmadıkça ona muzır olabilecek bir şey yapamaz ve kendi binasını yıkamaz." (Md. 1192).[389]

2- Kanun ve Nizamlara Uymak. Bilindiği gibi kamu yararı (maslaha) gereği olarak devletin nazım salahiyeti vardır. Bu yetkisine dayanarak devlet bazı durumlarda kamu yararı amacı ile bazı düzenlemelere gidebilir. Bu düzenlemeler bazan kişisel hürriyetlerin bile sınırlandırılmasını gerektirebilir. Bu cümleden olarak "hak"ların kullanılmasında da sınırlamalar getirilebilir. Mecelle'nin 26. maddesini teşkil eden genel kaide, devletin bu nevi düzenlemelerini meşru kılar:

"Zarar-ı ammı def' içün zarar-ı hass ihtiyar olunur".

388 Serahsi, *Mebsut*, XV, 21; Kâsâni, *Bedâyi'*, VII, 263-264; İbnu'l-Humam, *Feth'ul-Kadir,* VII, 325 - 326.

389 Krş. Kâsâni, *Bedâyi'* VI, 263-264.

Buna, Hz. Ömer devrinden beri uygulamasını gördüğümüz kamulaştırmayı[390] misal olarak verebiliriz. Nitekim mülkiyetin devir ye nakli mal sahibinin "rıza"sına bağlı olduğu halde, bir istisna olmak üzere kamulaştırmada "rıza" aranmamaktadır. Mecelle'nin konu ile ilgili maddesi şöyledir:

"Ledel hâce (ihtiyaç doğduğunda) emr-i sultânî (Devlet başkamın emri) ile bir kimsenin mülkü, kıymeti ile alınıp tarika (yol) ilhak olunabilir. Fakat te'diye-i semen olunmadıkça (bedeli ödenmeden) mülkü yedinden (elinden) alınamaz." (Md. 1216).[391]

3- Hakkı Kötüye Kullanmamak. Gerek Mecelle'de gerek diğer İslam Fıkıh mezheplerinde ve gerek bazı yeni kanunlarda, hakkın kötüye kullanılmasından kaynaklanan birtakım kayıtlar mevcuttur.

Biz önce ilgili Mecelle maddesini zikrederek hakların kullanılmasını, bu arada hakkın kötüye kullanılması mes'elesini ayrı bir başlık altında inceleyelim:

Mecelle Md. 1197 "Hiç kimse mülkünde tasarruftan men'olunamaz. Meğer ki âhara zararı fahiş ola. O halde men'olunabilir. Nitekim fasl-ı sânide tafsil olunur." Buna göre:

1- Hakların Kullanılmasında Kaide:

"Cevâz-ı şer'î damân'a münafidir" ilkesidir. Tarifinde gördüğümüz gibi hak, hukukun tanıdığı bir aidiyeti (ihtisas) ifade eder. Hakkın muhtevası ve kapsamı ise hakkın çeşidine göre değişir. Şurası açıktır ki bir kimsenin hakkını kullandığından söz edildiğinde hukuk düzeninin veya kanunun kendisine tanıdığı sınır çerçevesinde hakkını kullanmakta olduğu ifade edilmiş olur. Yani bir adam hakkını kullanıyor demek, hukukun çizdiği sınırlar çerçevesinde hareket ediyor demek olur. Yine açıktır ki bir hakkın, hukukun çizdiği sınırlar çerçevesinde kullanılmasından bir komplikasyon meydana gelse bile, bu hukuki müsaade, aslında, hakkın sahibinden sorumluluğu kaldırır. Dolayı-

---

390 Gerek Hz. Ömer gerek Hz. Osman Kâbe mescidini genişletmek için çevreden bitişik ev ve arsaları bedeli karşılığında ve sahiplerinin rızası olmadan ellerinden almış ve Kâbe haremine katmıştır. Bkz. İbn Nüceym, *el-Bahr İ*bn Âbidîn, III, 418 - 419; Abdülkerim Zeydân, *İslam Hukukuna Giriş*, Ter. Ali Şafak, s. 370; Belâzuri, *Fütuh,* s. 58'e atfen.

391 İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtar,* III, 418 - 419; Molla Hüsrev, *Dürer,* II, 136; İbnulhumâm, *Fethu'l-Kadir,* VI, 234.

sıyla "cevâz-i şer'î damâna münafidir" yani hukuki cevâz, meydana gelecek zarara ait sorumluluğu kaldırır ilkesi hukuki mütearifeden (axiom) olup bütün hukuk sistemlerinin genel kuralları arasında yer almıştır.[392]

Çok eskiden Romanistlerin "hakkını kullanan, kimseye zarar vermiş olmaz"[393] şeklinde ifade ettikleri bu ilkeyi sonradan Fransız Medeni Kanunu ve ondan iktibasta bulunan kanunlar benimsemişlerdir.[394] Aynı şekilde İngiliz Hukukçuları da oldukça eskiden hakkın kullanılmasından doğacak zararın tazmine konu olmayacağını, zira bu zararın bir tecavüzden doğmadığını ifade etmişlerdir.[395] İslam Hukukçuları da aynı şekilde şer'in (şeriat, hukuk) cevaz verdiği bir işi yapmaktan ötürü bir kimsenin sorumlu duruma düşmesinin bir çelişki olacağını ta baştan fark etmişlerdir. İslam Hukukçuları tarafından bu durum "cevâz-ı şer'î damâna münafidir" şeklinde ifade edilerek kaideleştirilmiştir.[396] Yani şeriatın müsaadesi ile işlenen bir işten bir zarar meydana gelse bile bu zarar tazminat konusu yapılamaz.[397] Bu kaide Mecelle'nin külli kaideleri arasında yer almıştır: "Cevâz-ı şer'î damâna münafi olur. Mesela bir adamın kendi mülkünde kazmış olduğu kuyuya birinin hayvanı düşüp telef olsa damân lazım gelmez" (Md. 91). Bunun sebebi açıktır. Kuyuyu kazan hukukan caiz olan bir iş yapmıştır; çünkü kendi mülkünde kazmıştır. Madem ki yaptığı iş hukukan caizdir o halde bu hukiki cevaz kuyuyu kazan kişiyi, kazılan kuyuya hayvanın düşüp ölmesinden meydana gelen zararın sorumluluğundan kurtarmalıdır. Kuyuya düşen, hayvan değil de insan olsa yine hüküm aynı olacaktır. Yeter ki kişi oraya izinsiz girmiş bulunsun veya kuyu görünür vaziyette (açık) olsun.[398]

Fıkıh Kitaplarında ve bu arada Mecelle'de bu kaideyi açıklayan pek çok örnek mevcuttur. Biz birkaçını Mecelle'den aktarmakla yetineceğiz:

---

392 Mahmassânî, *en-Nazariyyetu'l-âmme li'l-Mûcibâti ve'l-ukûd,* Beyrut, 1948. I, 34-35.

393 Digesta, 39, 2, 26ya atfen Mahmassâni, age. I, 25.

394 Colin Et Capitant, Cours élémentaire de droit civil Francais, paris 1923-25, 3 vol, II, 382 - 384'e atfen Mahmassâni, age. s. 35.

395 Mahmassâni, age. s. 36.

396 Serahsi, *Mebsûtu*'nda (XV, 22): "Sebep olan haksız olarak sebep olmamışsa, meydana gelen zararı tazminle mükellef olmaz" şeklinde ifade etmiştir.

397 Bkz. *Mecâmi' Şerhi'l-Menâfi'.*

398 *el-Muğni,* IX, 571'e atfen Mahmassâni, age. s. 36.

Mecelle Madde 605 - Meşrutun ma-fevkine tecavüz ile müste'cirin kendi mezuniyetine muhalefeti damânı mucib olur. Amma misline yahut madûnuna udul ile muhalefet damânı icap etmez.

Mesela mestecir şu kadar kıyye yağ yükletmek üzere istikra eylediği hayvana ol kadar kıyye demir yükletip de hayvan telef olsa dâmin olur.

Amma mazarratta yağa müsavi yahut daha hafif bir cins hamule yükletip de hayvan telef olsa damân lazım gelmez.

Mecelle Madde 1288 - Bir kuyunun harimi haricinde bir kimse kuyu kazıp de evvelki kuyunun suyu bu kuyuya gitse bir şey lazım gelmez. Nitekim bir kimse diğerinin dükkanı yanında dükkan açıp da evvelki dükkanın ahz ve i'tası fasit olsa ikinci dükkan seddolunmaz.

Mecelle Madde 965 - Bir kimse bir çarşıda sanat ya ticaret icra edip de olsanat ya ticaret erbabı bizim kâr ve kesbimize halel geliyor diye ol kimseyi sanat veya ticaretini icradan hacr ve menettiremezler.

İngiliz adalet tarihinde 15. yüzyılın başlarında Dördüncü Henri'nin zamanında meydana gelen enteresan bir mahkeme kararı buna çok benzer. "Gloucester'de gramer mektepleri mahkemesi" adıyla bilinen bu davanın özeti şu: Gloucester'de iki muallim, bu şehirde bir üçüncü muallim mektep açtı. Bu ise bizim kazancımızı azaltarak bize zarar verdi diye dava etmişler. Konuyu görüşen mahkeme "meydana gelen zarar haksız bir işten meydana gelmiş değildir" prensibi ile davayı reddetmiştir.[399]

2- Kaidenin İstisnaları

Evet bu böyle. Aslında hakkın kullanılması hukukan caizdir. Ve haddi zatında tazminat doğurmaz. Ancak bazı durumlar olabilir ki hakkın kullanılması büyük zararlara yol açabilir. Daha enteresanı bu, zarar verme kasdı ile de yapılmış olabilir. Acaba bu takdirde hakkın kullanılmasına mani olunabilecek midir? Ve hakkın kullanılmasından doğan zarar tazmin ettirilecek midir? Başka bir ifade ile, "cevâz-ı şer'î damâna münafidir" genel kaidesinin istisnaları yok mudur?

399 Mahmassâni, age. s. 37: Gloucester Grammar Schools, 1411, Y.B. 11 Hen. 4 fo. 27 pl, 23'e atfen.

Bu pek nazik bir sorudur ki pek çok görüş ve nazariyyelere kapı açmıştır.

Kimi bu soruya olumsuz cevap vermiş; haklar mutlaktır demiş; tazminatın gerekmeyeceğini savunmuştur: Hanefi, Şafi'i ve Hanbelilerin kiyasi görüşleri ile İngiliz kanunlarının görüşleri bu merkezdedir.[400]

Diğer taraftan bu soruya "hakların belirli amaçları vardır. Haklar mutlak değil nisbidir. Birbirlerini sınırlarlar. Ve esasen hakkın kötüye kullanılması caiz olmaz." gerekçesi ile olumlu cevap veren olmuş; bundan "hakların sü-i istimali nazarriyyesi" doğmuştur. Ancak, bizzat bu nazariyyenin sahipleri de ikiye ayrılmıştır:

Bunlardan bir kısmı nazariyyeyi "netice"ye bağlayıp hakkın kullanılmasından "fahiş" bir zararın doğması sözkonusu ise maksada bakılmaksızın "yasak" olduğuna hükmederken -ki maddi (objective) denilen bu nazariyye Hanefilerin istihsani görüşleri ile İmam Malik'in, Mecelle'nin ve birçok İslam Hukukçusunun nokta-i nazarını ifade etmektedir- Bir kısmı da bu nazariyyeyi niyyete dayandırmış; Hakkın sırf başkasına zarar verme maksadı ile kullanılmasına cevaz vermemiştir -ki manevi (subjective) adı verilen bu nazeriyye prensip olarak İslam Hukukunun, özellikle sonraki (müteahhir) Malikilerin ve zamanımızdaki birçok Avrupa kanunlarının görüşünü temsil etmektedir-.[401]

Buna göre bu mes'elede karşımıza üç farklı nazariyye çıkıyor. Bunları ayrı ayrı başlıklar altında inceleyelim:

B- Mutlak Hak Nazariyesi

Bu nazariyenin dayandığı kaide "cevâz-ı şer'î damâna münafidir" kaidesidir. Bu kaideyi esas olan bu nazariyeye göre, hukuki sınırlar içinde kalan

400 Krş. Serahsi *Mebsut*, XV, 21; Kâsâni, *Bedâyi'*, VI, 263 - 264; İbnu'l-Humam, *Fethu'l-Kadir*, VII, 326; İbn Âbidîn, *Reddulmuhtar*, IV, 397; Mahmassâni, age. s. 39.

401 Aslını görüp imkanını bulamadığımız ve fakat geniş bir özetini E. Arsebük, *Medeni Hukuk,* Tan Mtb. 1938, s. 108-126'da gördüğümüz, hakkında Ferit H. Saymen, Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın sui İstimali, İstanbul, 1947, s. 10-13 ile Subhi Mahmassâni, age. s. 38'den bilgi edindiğimiz müstakil ve değerli bir araştırma olduğu anlaşılan Mahmud Fethi, la nation de Pabus des droits dans la juirisprudance musulman, Saint Eteinne 1912 adlı eserinden başka bu konuda, bkz. Saymen F. Hakkı, *Hakkın Sü-i İstimalinin Müeyyidesi,* İstanbul 1945 s. 312 v.d.; *Türk Medeni Hukûku,* C. I Umumi Prensipler, İstanbul 1960, s. 316 v.d.; Cusran, *de'lesprit des Droits et de leur relativite,* Paris 1927 p. 280, Ebû Zehra, *"İsa'atu isti'mâli'l - Hak"* (Hakin sü-i istimali), Mevsû'a Cemal Abdunnâsır.

hak, mutlak karakterdedir. Hakka hukuki sınırdan başka dışarıdan bir kayıt ve sınır konulamaz. Yukarıda söylediğimiz gibi İslam Hukukunda Hanefilerin kıyasi görüşü ile İmam Şafi'i, Ahmed b. Hanbel ve Davud Zahiri bu görüşü temsil ederler.[402] Gerek bu üstad hukukçuların gerek aynı görüşü benimseyen muakkiplerinin konu ile ilgili görüşlerini "milk" (Mülkiyet), "tasarruf hakkı" ve "komşularla ilişkiler" (hukuku civar) gibi konulardaki fetva ve fikirlerinden öğreniyoruz.

İmam Muhammed'e ait olup Hanefi İmamların görüşlerini ihtiva eden "el-Asl"ın "kısmet" bölümünde deniliyor ki:

"Adamın birine taksimde bir arsa düşmüştür. Bu arsasına bina yapacaktır.

Düşüncesi yüksekçe bir bina yapmaktır. Komşusu ise "benim güneşime ve rüzgarıma engel olacaksın" diyerek mani olmak istemektedir. Bu durumda bu kişi komşusunun bu müdahalesine aldırış etmeden tasarladığı binayı yapma hakkına sahiptir. Öyle ki arsasına ister hamam ister fırın yapar. Bu onun hakkıdır. Ne var ki komşusunu rahatsız etmekten sakınması uygun olur. Fakat buna zorlanamaz. Keza bina sahibi kendi binasının üst katında, komşusunun ev avlu ve sahasını görecek şekilde kapı ve pencere açsa, komşusunun buna mani olmaya hakkı yoktur. Arsanın sahibi kendi arsasında, komşusunun rüzgarına mani olacak duvar çıkabilir. Kişi kendi mülkünde kuyu ve mahzen veya foseptik çukuru kazsa ve bu komşusunun duvarını zayıflatsa da komşusu kuyu veya çukurların kapatılmasını istese, buna zorlanamaz. Bu sebeple duvar çökse tazmin gerekmez... Hikaye olunur ki adamın biri Ebu Hanife'ye komşusunun kendi hanesinde kazdığı kuyudan şikayette bulunmuş. İmam Ebu Hanife de kendisine sen de kendi arsanda ve şikayet ettiğin kuyunun yakınına fo'septik çukuru aç, şeklinde yol göstermiş, adam bunu yapmış ve komşusunun kuyusu kirlendiği için kuyusunu kendiliğinden kapatmış".[403] Bu hikaye Serahsi'nin Mebsutunda, komşunun kendi hanesinde komşusunun duvarı dibine "buzhane" yaptığından şikayet ettiği, İmam Ebu Hanife'nin de ona, sen de kendi tarafında "fırın" yap, dediği şeklinde bildiriliyor.[404]

402 Bkz. Serahsi, *Mebsût,* XV, 21; *Bedayi',* VI, 263-264; lbnulhumam, *Feth'ul-Kadir,* VII, 326; İbn Abidin, *Reddulmuhtar,* IV, 397; Ali Haydar, *Şerhi Mecelle,* III, 463-464 (1197 md. şerhi) Mahmassâni, age. s. 39.

403 İbn'ul-Humam, *Feth,* VIII, 325 - 326.

404 Serahsi, *Mebsut,* XV 21.

Görüldüğü gibi İmam Ebu Hanife, kendi mülkünde kuyu kazana mani olma yönünde fetva vermemiş, şikayet edene kendi mülkünde karşı tedbir yolunu göstermiştir. Şeyh İmam Zahiruddin Merginani (h. 619) bu yolda fetva verirdi. Navazil'in mudarebesinde şu mes'ele ve hükümlere rastlıyoruz. Hanesini koyun ahırı yapsa da komşuları gübre kokusundan rahatsız te'ezzi olsalar, üstelik koyun çobanlarına karşı da güvensizlik duysalar, hükmen (kaza'en) men'etme hakları yoktur. İmam Şafi'i ve İmam Ahmed'in görüşleri de bu merkezdedir. Bir kimse kendi hanesinde kuyu kazsa ve bundan komşusunun duvarı zayıflasa, komşunun buna mani olmaya hakkı yoktur".[405]

"Fusul'ül-İmadi'de Nusayr b. Yahya'dan[406] nakilde bulunan Zahireden naklen belirtildiğine[407] göre, kadı, (hakim) komşuyu bu işten menetmeye yetkilidir.[408]

Görüldüğü gibi açıkça tasarrufun komşuya zarar veren yönlerine işaret edilmiş ve komşuyu mutazarrır etmemek diyaneten gerekli şeydir, fakat hak sahibinin buna yargı yolu ile zorlanamayacağı ifade edilmiştir.

Bu görüşten hareket eden İslam Hukukçuları, şu neticeye varmışlardır:

Kaide (kıyas) o dur ki: Kişi kendi mülkünde dilediği gibi serbestçe tasarruf edebilir. Bu tasarruftan başkası zarar görse de kişi kendi mülkünde (hakkında) tasarruftan alıkonulamaz.[409]

C- Maddi (Objective) Nazariye

Bilindiği gibi "defi mefasid" yani kötülükleri önleme ilkesi, hukukun en köklü ve en genel kaidelerindendir. Hukukla doğmuş, hukukla yaşamaktadır. Şöyle ki:

Hukuk, bir takım asli ilkeler ve temel amaçlar (mebadi, makasıd) üzerine kurulmuştur. Bu ilkeler, genel olarak insanlara yarar sağlama ve onlardan zarar savma gayesine yöneliktir. Hukukçuların ifadesi ile "def-i mefasid ve celb-i

---

405 İbn'ul-Humam, *Feth,* VII, 325-326. Benzer nakiller için bkz. Serahsi, *Mebsût* XV, 21-22; Kâsâni, *Bedâyi',* VI, 263-264.

406 Nusayr b. Yahya (h. 264). İmam Muhammed'in talebesi el-Cüzecâni'nin talebesidir. (*Fevâid*, 221).

407 Zahira adlı eser, İmam Burhaneddin Mahmut b. Ahmed b. Abdulaziz b. Ömer b. Mâza el - Buhâri (h. 616)'ya aittir. Keşf, I, 873.

408 İbn'ul-Humam, *Feth'ul-Kadir,* VII, 326.

409 Krş. Serahsi, *Mebsût,* XV, 21; Kâsâni, *Bedâyi'*, VI, 263-264.

masalih" amacını güder. Her Hukuk sistemi gibi İslam Hukuk sistemi de bu kaide üzerine kurulmuştur. Bu ve benzeri genel kaideleri işleyen pek çok telif de yapılmıştır.

Hukuk kaynakları arasında Hanefilerin kattığı "İstihsan"; Malikilerin kattığı "Masalih" ve İmam Gazali'nin kattığı -ki Şafiiler demektir- "İstislah", hep bu kaidenin amaçlarına yönelik hukuki gelişmelerdir.

Haklara sosyal açıdan bakarak esasen kamu yararını sağlamak üzere meşru kılınan hakların bu gayeye bağlı ve bu gaye ile sınırlı olduğu hususları, bu kaidenin savunduğu gerçeklerdir.

Az önce de ifade ettiğimiz gibi bu kaide, ya "yarar sağlama"yı (celb-i maslahat), ya "zarar savma"yı (defi mefsedet) yahut da her ikisini birden gaye edinmektedir, fakat karşımıza her ikisinin karşılaştığı bir konu çıkar da zarar yarardan çok olursa, o takdirde zarar savma, yarar sağlamaya tercih edilir. Bu mevzuda Mecelle şu maddeleri sevketmiştir: *"Def'i mefasid, celbi menafi'den evladır."* (md. 30) *"Zarar-ı ammı def'içün zarar-ı hass ihtiyar olunur."* (md. 26).[410]

İslam Hukuk sisteminin özellikle üzerinde durduğu bir de zarar meselesi vardır. Kur'an-ı Kerim zarar vermeyi birçok münasebetlerle yasaklamış; Hz. Peygamber (s.a.v.) "zarar ve mukabele bizzarar yoktur." şeklinde, umumi kaide niteliğinde bir hüküm vaz'etmiştir.[411]

Esasen her din, insanları iyi yola sevkeden bir takım ahlak kaidelerini de ihtiva eder. Bu itibarla zaten din mefhumunda en azından zararsız bir kişi olma, sü-i istimalde bulunmama fikri mündemiçtir. Ancak İslam Hukukunu yakından tanıyınca görülür ki bu mes'ele umumi prensip ve tavsiyeler planında bırakılmamış, hukuki prensiplere bağlanmıştır. Mesela:

1- Nisa Sûresi 12. ayetinde mirasçılara ait hisseler bildirildikten sonra "gayramudarr" yani miras hakları, vasiyetten ve borçların ödenmesinden sonra gelir amma vasiyet eden kimse mirasçıları "izrar" edecek şekilde vasiyet etmemelidir, buyurulmaktadır. Bu konuda hadiste de vasiyet üçte bir ile sınırlanmış; o bile çok buyurulmuştur.[412] Buna göre:

410 Ayrıca bkz. *Mecelle* 19-29; 27-29 maddeler.

411 *İbn Mace,* Ahkâm, 17; *Muvatta',* Akdiye, 31; Ahmed b. Hanbel, *Müsned,* V. 327.

412 *Buhari,* Cena'iz 36; vesâyâ, 2-3, Menakıb, 49; Nafakat, 1, Merda, 13-16; Da'avât, 43; Farâ'iz, 6; *Müslim,* Vesâyâ, 5, 7, 8, 10; *Ebû Davûd,* Fara'iz, 3, Eymân, 23; *Tirmizi,* Cenâ'iz, 6, Vesaya, I....

a) Bir kimse malının üçte birinden fazlasını vasiyette bulunursa, bu ayete göre mirasçısını bil-ittifak izrar etmiş sayılır. Ve vasiyeti, üçte birden fazlası hakkında mirasçıların icazetine tabidir.[413] Maliki içtihadında bir görüşe göre, miktar üçte birden az olsa bile eğer vasiyette izrar kasdı varsa, yine izrar etmiş sayılır. Ve vasiyetine itibar edilmez.[414]

b) Ölüm döşeğinde iken bazı mirasçılar lehine borç ikrarında bulunursa, bu ikrarı ızrar sayılır ve itibar edilmez.[415]

c) Miras ayetleri nazil olmadan önce yakınların mirastan payları Bakara Sûresi 180. ayeti gereğince vasiyet ile belirlenirdi. Miras ayetleri inip herkesin hisseleri belirtilince Hz. Peygamber (s.a.v.) "Herkesin hakları Allah tarafından açıklanmıştır, artık varise vasiyet yoktur" buyurmuştur.[416] Bu itibarla bir kimse mirasçılardan biri lehine mal vasiyet ederse, diğer mirasçılara izrar'da bulunmuş sayılır. Ve varislerin hepsi reşid olmak şartıyla icazet vermedikçe vasiyeti muteber olmaz.[417]

2- Hz. Peygamber (s.a.v.) in bir uygulaması da İslam hukukçularının zarara karşı olan tavrını açıklayan örneklerdendir. Mesela Ebu Ca'fer M. b. Ali anlatıyor: "Bana Samura b. Cündeb'in anlattığına göre, onun, Ensardan birini bahçesinde bodur (a'dud) bir hurma ağacı varmış. Adam bahçesinde eşi ile birlikte ikamet ediyormuş. Semura, ikide bir hurma ağacının yanına girer çıkarmış. Bundan da bahçenin sahibi rahatsız olur, sıkılırmış. Derken Semura'dan bu ağacını kendisine satmasını istemiş. Semura kabul etmemiş. Öyle ise sök götür, demiş, Semura bunu da kabul etmemiş. Bunun üzerine adam Hz. Peygamber'e varıp durumu anlatmış. Bu sefer Hz. Peygamber Semura'dan, ağacı, bahçenin sahibine satmasını istemiş. Ona da yanaşmamış. Hz. Peygamber öyle ise: "Naklet, ağacını oradan." demiş; bunu da reddetmiş. Peki madem öyle bari ağacını ona bağışla ve karşılığında şöyle şöyle müka-

413 Bkz. Bütün fıkıh kitapları "vasiyyet" bahsine ilaveten: Ebussuud, *Tefsir,* II, 153: Kurtubi, *Tefsir,* V. 80; Keşşâf *Tefsir,* 1, 510.

414 Bkz. Kurtubi, *Tefsir,* V, 81.

415 Ebu's-Su'ûd, *Tefsir,* II, 153; Kurtubi, *Tefsir,* V. 80; Kasâni, *Bedâyi'* VII, 223: Şafiiler farklı görüştedir.

416 *Ebû Davud*, Vasâyâ, 6; *Tirmizi*, Vasâyâ, h. No. 2121; *İbn Mace,* Vasaya, h. no. 2713; *Nesai*, Vesayâ, h. No. 3673.

417 Bkz. Bütün Fıkıh kitapları "vasiyyet" bahsi, ezcümle: Kâsâni, *Bedâyi'*, VII, 337.

fat al, şeklinde tavsiye ve teşviklerde bulunmuş. Buna da olmaz demiş. Bütün bunlardan sonra, "Sen izrar ediyorsun" buyuran Hz. Peygamber (s.a.v.); bahçe sahibi Ensari'ye dönerek:

"- Git hurmasını dibinden sök at." emrini vermiştir.[418]

Bu defi mefasid ve "zarar yok" kaidelerine ilaveten bir de Nisa, 36 ayeti ile "bir kimse gerçek mü'min olamaz. Komşusu onun kötülüklerinden (bewa'ik) emin olmadıkça";[419] "Cebrail durmadan bana komşu hakkında uyarı ve tavsiyelerde bulundu. O kadar ki galiba bu gidişle komşu komşuya varis olacak sandım"[420] gibi hadislerle riayeti tavsiye edilen komşuluk hukuku ile ilgili prensipleri bir arada mütalaa eden İslam Hukukçuları, hakkın kötüye kullanılması ile ilgili bir nazariye geliştirmişlerdir. Bu nazariyeye göre, komşusuna fahiş zarara yol açıyorsa, kişi, kendi hakkını kullanamaz. Çünkü, komşusunun "fahiş" zararının önüne geçmek, hak sahibinin sağlayacağı menfaatten önde gelir.

Bu görüşün özellikle mülkiyet hakkını kullanma konusunda ilk açık sahibi İmam Malik görünmektedir. İmam Malik, "maslaha" prensibinden hareketle bu kaideyi koymuştur. İmam Malikten sonra bu nazariyeyi Hanefi Hukukçular bir istihsan hükmü olarak benimsemişlerdir. Zira hemen bütün kaynak niteliğindeki Hanefi fıkıh kitaplarında nakledildiği gibi, İmam-ı Azam Ebu Hanife, komşusunu, kendi mülkünde açtığı kuyudan rahatsız ve şikayetçi olan kişiye sen de git kendi mülkünde olmak şartı ile kuyuya yakın yerde foseptik çukuru kaz (veya Serahsi'nin kaydına göre "buzhane"sine karşılık "fırın" yap) tavsiyesinde bulunmasına mukabil, Müdevvene'de nakledildiğine göre İmam Malik, hanenin birinde açılan kuyudan sonra bitişik hanede açılan kuyunun veya foseptik çukurunun birinci kuyuya zarar vermesi halinde ikinci kuyunun veya foseptik çukurunun kapatılması lazım geldiği görüşünü açıklamıştır.[421]

Benzer şekilde tam zıd görüş, komşu evin harem kısmına bakan bir yerden kapı veya pencere açma mevzuunda da görülmektedir. Yukarıda kaydet-

418 *Ebû Dâvud*, Akdiye, 31.

419 *Buhâri*, Edeb, 29; *Müslim*, İmam, 73; Ahmed b. Hanbel, I, 387., II, 288.

420 *Ebû Davud*, Edeb, 123; *Buhari*, Edeb, 28; *Müslim*, Birr, 140-141.

421 İmam Malik, *el-Mudevvene*, XV, 197.

tiğimiz gibi Hanefi imamlarına göre bir kimse komşusunun harem kısmına bakan yerden pencere açmak istediği takdirde, buna komşusunun mani olmaya hakkı olmadığı halde İmam Malik'e göre komşu, böyle bir pencerenin açılmasına mani olma hakkına sahiptir.[422]

Görüldüğü gibi Hanefi içtihadında prensip olarak mülk sahibi kendi mülkünde dilediği gibi tasarruf serbestisine sahip kabul edilirken İmam Malik, bunu "başkasına zarar vermemesi" şartı ile kayıtlamaktadır.

Ancak, hemen belirtelim ki prensibe varan bir farklılık gibi görünen bu durum, bu iki fıkıh mektebinin içtihad metodu ile ilgili bir husustur ve detayına inilince görülür ki iki mezhep arasındaki farklılık, bu iki mes'elede görüldüğü gibi zıdlık mertebesinde değildir.

Bilindiği gibi Hanefi mezhebi, prensip olarak kıyasçıdır. İmam Malik ise prensip olarak esercidir.[423] Hanefi müctehidler meselenin önce kıyasi prensibini vaz'ederler. Şayet nass (ayet, hadis), icma veya maslahat gibi bir delile aykırı düşerse o takdirde kıyası terk ile "istihsan"ı iltizam ederler. İmam Malik ise eserden hareket eder. Bulamazsa, önce kıyas sonra "masalih" diye bir sıra gözetmeden doğrudan doğruya olması lazımgelene geçer. Burada da durum böyledir. Hanefi müctehidler önce kıyasi prensibi koyuyorlar: "Herkes mülkünde dilediği gibi tasarruf eder." Sonra bakıyorlar, buna mani olacak bir nass bir icma bir maslahat var mı? Bakıyorlar ki nass ve icma yok. Maslahata gelince o da hak sahibinin hakkını kullanabilme yönünde. O halde, kuyunun suyu ve rutubeti gibi, pencereden evi gözetleme ihtimali gibi sebeplerle hak sahibi kendi mülkünde tasarruftan menedilmemelidir. Öyle ise "edilemez" diyorlar. Fakat şayet mülk sahibinin tasarrufu, başkasının kendi hakkı olan maslahatını ihlal edecek durumda olursa, o takdirde kıyası terkettirecek bir "maslaha" ortaya çıkmış olur ve bu durumda mülk sahibi kaidenin bir istisnası olarak, tasarruftan, maslaha sebebiyle istihsanen menedilir. Nitekim, işin içine hakk-ı gayr girdi mi kıyas derhal ber-akis olur ve İmam-ı Azam'a göre hakk-ı gayrin söz konusu olduğu yerde kaide "hazar" yani tasarruf memnuniyetidir.

---

422 İmam Malik, *el-Mudevvene,* XV (C 4), 197.

423 Bu terimler için bkz. Atay, Hüseyin, *İslâm Hukuk Felsefesi,* s. 199; Şener, Abdulkadir, *Kıyas, İstihsan, İstıslah,* Ankara 1974.

İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre kaide yine "ibaha" yani tasarruf serbestisidir fakat zarar meydana gelirse o takdirde men'edilir.

Hanefi içtihadında hakk-ı gayrin misali, yukarıda geçtiği gibi, alt ve üst maliklerinin tasarrufu ile ilgilidir. İmam-ı Azam'a göre kat malikleri, karşılıklı "rıza" bulunmadan kendi mülklerine çivi bile çakamazlar. İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed diyor ki, "zarar" veren tasarruflarda bulunamazlar ama zararlı olmayan tasarruflarda bulunabilirler.[424]

Görüldüğü gibi Hanefi içtihadında, kişinin kendi mülkünde tasarrufu hakkında kaide "tasarruf serbestisi" iken, hakk-ı gayr'ın işin içine girdiği tasarruf en azından "zararsız" olmak şartına bağlıdır.

Bir hususa daha işaret edelim. Hanefi imamlarından intikal eden fetvalar, kişinin kendine ait mülkünde istediği yükseklikte bina inşa edebilmesi, fırın ve hamam yapabilmesi, istediği katta kapı ve pencere açabilmesi ve kuyu kazabilmesinden ibaret bazı mes'elelere münhasırdır.

Sonradan, çoğu, zamanın ilerlemesi ile ortaya çıkan büyük su değirmenleri, demirci dükkanları, dokuma tezgah ve atölyeri, bezirhane ve benzeri, gürültülü, gürültüleri çevrede oturmaya mani olacak yahut zayıf binaları göçürecek şekilde sarsıntılı - gürültülü tesisler hakkında Hanefi imamlarına varan fetvaya rastlanmamaktadır. Buna mukabil, Hanefi İmamlarının bir veya iki halka sonraki talebe ve müntesip-müctehidleri, başkasını kendi mülklerinden sağlayacakları hava'ic-i asliyeye mani olacak şekilde zararlı tasarruflara ve mesela piyasa tipi devamlı çalışan fırınlara, demirci dükkanlarına, çırpıcı dükkanlarına ve büyük değirmenlere, hanelere bitişik arsalarda izin verilemeyeceği merkezinde, kıyasın istisnası olmak üzere, istihsanı benimsemişlerdir. Bölgeden bölgeye, zararın takdirine ilişkin farklı görüşler savunula gelirken nihayet Mecelle Şarihi Haydar Efendi'nin dediği gibi[425] Osmanlı Şeyhül-İslamı büyük alim Ebu's-Su'ûd İmadi'den itibaren, istihsan görüşü, kaidenin istisnası olarak ve kaide ile birlikte zikredilir olmuştur. Hiç kimse mülkünde tasarruftan men'edilemez." (Kaide); "*Meğer ki ahara zararı fahiş ola*" (istisna). (Mecelle md. 197).

---

424 Serahsi, *Mebsut*, XV, 20 v.d.; Kâsâni, *Bedâyi'*, VI, 264 v.d.; lbnulhumam, *Feth* VII, 321 vd.

425 Ali Haydar, *Dürerü'l-Hukkâm Fi Şerhi Mecelleti'I-Ahkâm,* (Şerhi Mecelle) III, 463 - 464 (1197 md. Şerhi).

Fıkıhtaki ifadesi ile "bir kimse kendi mülkünde tasarruf eder ve bundan komşusu açık, kaçınılmaz ve daimi bir şekilde mutazarrır olur ise zarara uğrayan komşu, komşusunun bu tasarrufuna engel olabilir".[426]

Biz Hanefi içtihadında gördüğümüz bu gelişmede çok büyük ustalık (üstadlık) görüyoruz:

1- Kaide konulmuştur; "Herkes kendi mülkünde dilediği gibi tasarruf eder."

2- Bu kaideye açıklık kazandıracak nitelikte bazı tasarruf örnekleri verilmiş ve sudan bahanelerle su-i istimallerin önüne geçilmiştir.

a) Herkes kendi arsasında istediği yükseklikte bina kurar. Komşusunun, "güneşime, rüzgarıma mani oluyorsun." diyerek mani olmaya hakkı yoktur.

b) Hanesinde kuyu kazabilir. Fo-septik çukuru kazabilir. Hamam, fırın vs. kurabilir komşusunun, rutubetten kokudan veya dumandan rahatsız oluyorum diyerek mani olmaya hakkı yoktur.

c) Maamafih, müslümanlar elinden geldiğince komşusunu rahatsız etmemelidir.

3- Büyük değirmen gibi, devamlı çalışan demirci dükkanı, çırpıcı dükkanı gibi cidden taibatında çevredikleri rahatsız edecek darbe, sarsıntı ve zayıf evlerin hasar görmesine yol açacak, evinde uyuyan ve ibadet edenlerin istirahat ve huzuruna mani olacak kısaca iskan muhiti için zararlı olacak şeyler hakkında adeta kasden hüküm belirtmemişlerdir. Hanefi fıkıh kaynaklarında Hanefi imamları Ebu Hanife, Ebu Yusuf, Muhammed, Hasan veya Züferden hiçbirine atfedilen bir fetvaya rastlamıyoruz.[427]

Böylece, Hanefi imamları kaidenin istisnasını teşkil edecek "istihsan"ı haleflerine bırakmışlardır.[428]

---

426 İmam Malik, *el-Müdevvene,* XV, 197; Zeyla'i, *Tebyin,* IV, 196; İbn Abidin, *Tenkih,* I, 362.

427 Krş. Zeyla'i IV, 196; "Çevreyi rahatsız edecek ölçüde duman çıkaran Hamam" hakkında Ebu Yusuf'a ait bir rivayetten söz ediliyorsa da burada kaynak verilmiyor. Biz ise daha önceki kaynaklarda buna dair bir şey bulamadık.

428 Ali Haydar Merhum, Mecelle'nin 1197 md. şerhinde ve bu kaynağa dayanarak Mahmassâni age.'de bu istihsanı Ebû Yusufa atfediyorlarsa da açıklamaya çalıştığımız sebeplerle buna katılmamız mümkün değildir. Esasen İbnu'l-Humam'ın açıklaması, bu istihsanın müteahhirûna ait olduğunu ifade etmektedir. (krş. *Feth'ul-Kadir* VIII, 326).

Hanefi imamların koydukları kıyasi kaidelerin önemine ve öyle rastgele değil de ciddi (fahiş) zarar sebebiyle ancak, bu kaideye istisna getirilmesinin isabetine temas eden İbnu'l-Humam, temel'de mutlak hak olan mülkiyet hakkına karşı "zarar yok" (la zarar) hadisini mutlak olarak, dikemeyiz, zira zararı mutlak surette kaldıracağız dedik mi, hiç kimsenin kendi mülkünden istifade etmesi mümkün olmaz. Ve bu, hiç kimseye zarar vermeyeceğiz derken herkesi haklardan mahrum etmeye götürür, diyor ve bir de misal veriyor: "Adam bahçesinin çevresinde ağaç dikmiş ve yetiştirmiş. Büyüyen ağaç komşusunun bahçesine gölgelik olmuş. Komşu ağacın gölgesinden istifade etmektedir. Gün gelmiş ağaçların sahibine ağaç lazım olmuş. Kesmek istiyor. Bu durumda komşu, ötedenberi istifade edegeldiği ağacın gölgesinden mahrum kalacaktır, yani sahibinin kendi mülkü olan ağacını kesmesinden, komşu zarar görecektir. Bu zararı dikkate alarak adam kendisinin olan ve kendisine lazım olan ağacını kesip hakkını kullanmasın mı?

"O halde yerine göre ceza olmak üzere, dayak atıldığına; yerine göre el kesildiğine hatta yerine göre adam bile idam edildiğine göre, pratikte zararı "mutlak" surette bertaraf etmek sözkonusu olamadığı cihetle, "zarar yok" hadisini de "mutlak" olarak kabul edemeyeceğiz. Ve hakkın kullanılmasına mani olacak zararı ise ciddi zarar olarak ele almak; onu da ilgili mülk sahibinin "hava'ic-i asliyesine" engel olacak nitelikte bir "zarar" diye tarif etmek gerekecektir. Nitekim kıyasi görüşün misalindeki "havama güneşime mani olacaksın, onun için karşıma ev dikemezsin" sözüne, "rüzgar ve güneş ev için havaic-i asliyeden olmadığından" itibar edilemeyeceği bildirilirken, müteakip meşayih, komşusunun pencerelerini tamamen kapatan tasarrufun caiz olamayacağını söylemekle, havaici asliyeden olan aydınlığa mani olmasının "zarari fahiş" sayılacağına işaret etmiş olmaktadırlar" diyor.[429]

Neticeye gidelim: Hanefi görüşü, tasarruf serbestisinin istisnası olmak üzere "fahiş zarar" halini ölçü almış, bu ise mutazarrır olanın kendi mülkünden beklediği havaic-i asliyeden mahrum edilmesi olarak takdir edilmiştir. Bir tasarruf ki komşusunun kendi mülkünden sağlayacağı havaic-i asliyesine engel ölçüde başkasına zararı olmaktadır, o tasarrufa mani olma hakkı vardır.

429 İbn'ul-Humam, *Feth'ul-Kadir,* VII, 326.

Dikkat edilirse, hakkın sü-i istimalinde zararı ölçü alan İslam Hukukçuları orta bir yol tutmuş bulunmaktadırlar.

Basit bahaneleri "Zarar" adı altında hakkın kullanılmasına engel kabul etmediği gibi, zararı büsbütün görmezlikten gelip de "mülk benimdir, dilediğimi yaparım" fikrine de imkan tanımamıştır.

Nitekim Mecelle bu kaide maddeden (md. 1197) sonraki fasılda ilgili hükümleri bir bir misallerle açıklamıştır:

"Madde 1198 - Herkes kendi mülkü olan hait üzerine dilediği kadar çıkar ve istediğini yapar. Zararı fahiş olmadıkça komşusu mani olamaz."

Bir şey zararı fahiş ise Mecelle'ye göre zararı fahiş, bieyyi vechin kân (her ne suretle olursa olsun) defettirilir, md. 1200).

Esasen zarar-ı fahişin men'edilmesi, "zarar izale olunur" (md. 19) ve "zarar ve mukabele bizzarar yoktur" (md. 20) umumi kaidesinin de bir fer'i durumundadır.

Mecelle'nin zararı fahiş anlayışı, 1200. maddenin altında sıralanan misallerde görülmektedir:

"Mesela bir hanenin ittisalinde demirci dükkanı yahut değirmen yapılıp da demir darbından ya değirmenin deveranından ol hanenin binasına vehn gelmek yahut furun ihdas ile tütünün kesretinden veya bezirhane ihdas ile rahiya-i kerihesinden ol hanede oturulamayacak mertebe sahibi müteezzi olmak zararı fahiş olmakla bu zararla bi eyyi vechin kân def' ve izale ettirilir.

Ve keza bir kimse diğerin hanesine muttasıl arsasında hark ihdas ederek değirmenine su icra etmekle hanenin duvarına vehn gelse yahut bir kimsenin komşusunun duvarının dibini mezbele ittihaz ve süprüntü ilka etmekle duvar çürüse, duvarın sahibi zararını def ettirir.

Nitekim birinin harman yeri kurbunda diğeri mürtefi bina ihdas ile harmanın rüzgarını seddeylese zararı fahiş olmakla ref ettirilir. Kezalik bir kimse bezzazlar çarşısında ahçı dükkanı ihdas edip de tütünü komşusunun emtiasına isabet ile zararı fahişi olsa def ettirilir. Ve kezalik bir kimse hanesindeki keriz yarılıp da komşusunun hanesine cereyan etmekle zararı fahiş olsa, komşusunun davası üzerine ol kerizin tamir ve ıslahı lazım gelir."

Görüldüğü gibi binada oturma gibi, havaic-i asliyeye mani olan veya binanın sarsıntı veya su sızıntısı sebebiyle bozulmasına veya çürümesine yol açan her şey "zarar-ı fahiş" dir.

Zarar-ı fahiş'i ikiye ayırmak mümkündür:

1- Hakkını kullanan kişinin kendi sahasında kalmayıp duman, koku, gürültü, sarsıntı ve benzeri şekillerde başkasının mülküne taşan zarar ki bunun misallerini gördük.

2- Hakkını kullanan kişinin kendi alanından çıkıp başkasına mülküne taşmamakla beraber komşusunu mutazarrır eden zarar. Bunun örneklerini de Mecelle'den görelim:

Mecelle md. 1201 - Bir hanenin havasını yahut nezaretini kesmek veyahut güneşin duhulunu men'etmek gibi havaici asliyeden olmayan menafi'a mani olmak zararı fahiş değildir. Fakat, ziyayı bilkülliye seddetmek, zararı fahiştir.

"Binaenaleyh bir kimse bir bina ihdas ile komşusunun bir pencereli olan odasının pencerisini seddedip de yazıp okunamayacak mertebe karanlık olsa zararı fahiş olmakla def ettirilir. Kapısından ziya alsın denilemez. Zira odasının kapısı soğuktan ve esbabı saireden naşi kapanmaya muhtaç olur."

Ve eğer odanın iki penceresi olup da birisi ber-vech-i bala bina ihdası ile seddedilmiş olsa zarar-ı fahiş addolunmaz.

Benzer hükümleri Müdevvne'de de görmek mümkündür:

"Dedim, bir kimse benim hanemin karşısında haneme üstten bakacak şekilde bir saray inşa etse ve hanemde çoluk çocuğumun oturup kalktığı avlumu seyredebilecek şekilde kapı ve pencereler açsa, onun bu tasarrufuna İmam Malik'e göre benim, engel olma hakkım var mı? Dedi: Evet bundan men'edilir. Malik'ten bana böylece ulaştı. İbn'ul-Kasım diyor ki Ömer b. el-Hattab aynı şeyi söylemiştir. Nitekim İbn Lahi'a haber verdiğine göre o Hz. Ömer b. Hattab'a komşusunun hanesine karşı yüksekçe bir oda yapıp odadan pencereler açan kimsenin durumunu soran mektup yazmış ve Hz. Ömer kendisine cevaben sözü edilen pencerelerin dibine sandalye konularak kontrol edilmesini, şayet bu durumda komşusunun hanesindekileri gözetleyebilecek durum ve yükseklikte ise bu pencerelere mani olunmasını eğer görülemiyorsa men'

olunmamasını bildirmiştir. Hz. Ömer'den gelen rivayet bu. Malik'e gelince, onun görüşü şudur: Zararlı olan men'edilir. Şayet pencereden komşusunun hanesi içindekiler görülemiyorsa buna mani olunmaz. (Sonuç olarak dedi ki:) Pencere açmaktan prensip olarak men' olunmaz. Fakat komşusunun hanesi içini seyredebilecek pozisyonda kapı ve pencereler açarsa o zaman men'edilir. Ve kendisine o kapı ve pencerelerini kapat denir. Ben Malik'ten ne rüzgar ne güneş hakkında bir şey işitmedim. Bana göre "güneşimi kesiyorsun", "rüzgarıma mani oluyorsun" gibi sebeplerle malikin tasarrufuna mani olunmaz.[430]

Müğni'de diğer bir hüküm:

"Bir kimse, yiyecek bulamasa, komşusu veya herhangi bir insandan yiyecek istese, o kimse, kendi ihtiyacından fazla yiyeceğe sahip olduğu halde vermese, ihtiyaç içindeki adamın bu kişiden, muhtaç olduğu yiyeceği zorla alma hakkı vardır. Bu zor kullanma, ölüme yol açarsa muhtaç kişinin ölümü halinde mani olan katil muamelesi görür ve ölenin diyetini öder. Şayet mani olan ölürse, kanı hederdir.[431]

Bu saydıklarımız, zarar-ı fahişe ait misallerdir. Şayet zarar fahiş değilse, bu takdirde kişi, kendi hakkında tasarruftan men edilemez. Mesela: "Ve eğer odanın iki penceresi olup da biri bervech-i bala bina ihdasıyla seddedilmiş olsa zararı fahiş addolunmaz." (Mecelle Md. 1201'den).[432] Ve mesela: "Birinin insan boyundan yüksek yerde penceresi olup da ihtimal ki nerdüban vaz'ı ile komşusunun makarr-ı nisvan olan mahalline nazar eyler deyu komşusu ol pencereyi seddettiremez".[433]

Son olarak şunu da belirtelim ki bu "def-i mefasid celb-i menafi'den evladır" kaidesi, meydana gelecek mefsedet ve maslahat arasında bir müvanezede bulunmayı da gerektirmektedir. Şayet hakkın kullanılmasından doğacak zarar hakkı kullanana sağlayacağı yarardan fazla ise -Başta belirttiğimiz gibi- Böyle bir hakkın kullanılması men'edilir. Şayet hakkın kullanılmasından doğacak zarar hak sahibine sağlayacağı yarardan fazla değil de eşitse, o takdirde yarar tercih edilir. Yani hakkın kullanılmasına mani olunmaz. Mesela komşu-

430 İmam Malik, *el-Müdevvene,* XV, 197-198.
431 Bkz. not 679.
432 Krş. *al-Müdevvene,* XV, 197-198.
433 Mecelle md. 1203; *Krş. al-Müdevvene,* XV, 197-198.

sunun kuyusundaki suyu çekse bile kişi, kendi mülkünde kuyu açabilir. Önceki kuyunun sahibi, benim kuyumun suyunu çekiyor diye kendi mülkünde kuyu açmak isteyen komşusuna engel olamaz. (Mecelle md. 1291). Herhangi bir tazminat da isteyemez. Zira burada ikinci malikin kendi mülkünde kuyu açmakla sağladığı menfaat ile birinci malikin uğradığı zarar eşit değerdedir. Bu durumda kişinin hakkını kullanmasına engel olunmaz.

Bu, Mecelle'ye göre böyle, İmam Malik'in görüşü ise bu noktada farklı. Eğer sonra açılan kuyu önce açılan kuyuya zarar verecekse, ikinci kuyunun açılmasına izin verilmez. İsterse ikinci kuyu arsanın sınırında değil de ortasında olsun.[434]

Netice olarak diyebiliriz ki Mecelle'nin sevkettiği hükümler Mecami'deki iki külli kaide ile özetlenebilir:

1- Mubah fiiller ancak başkasına eziyet etmemek şartı ile caizdir.

2- Bir insanın kendi öz hakkında tasarrufu ancak komşusuna zarar vermemesi şartı ile sahihtir.[435]

Mecelle bu ikinci kaideyi kendi kaideleri arasına almamış, sadece "cevaz-ı şer'i zamana münafi olur" genel kaidesiyle yetinmiştir.

Bizzat Mecelle'nin kanunlaştırdığı hükümler açısından değerlendirildiğinde, bu kaidenin Mecelle'nin bu konudaki nazariyesini tam karşılayamadığı görülür. Bu kaidede en azından bir zararı fahişi istisna etmek gerekmektedir. Yani Mecelle'nin sevkettiği hükümler, gözönüne alınarak kaide şöyle ikmal edilebilir:

"Cevaz-ı şer'i zamana münafi olur. Meğer ki zarar-ı fahiş ola." Ve ancak o zaman Mecelle'nin hakkın kullanılması ile ilgili nazariyesi ifade edilmiş olur.

Şunu da kaydetmeliyiz ki, Mecelle, zarar-ı fahişte niyete itibar etmemektedir. Yani hakkını kullanırken zarara yol açan kimsenin bu hakkını kullanırken beslediği niyete ve taşıdığı amaca değil, objektif olarak meydana gelen maddi neticeye bakmaktadır. Netice açık bir zarar ise bu durumda iyi niyetle de olsa hakkın kullanılması yasaktır. Meydana gelecek zarar fahiş değilse, is-

434 İmam Malik, *el-Müdevvene,* XV, 197.
435 *Menâfi', (Mecâmi'* ile), s. 313, 316.

terse o hak sırf zarar vermek maksadı ve kötü niyetle kullanılmış olsun, hükmen yasak değildir.[436]

Bu sebepleri dikkate alarak, Mecelle'nin temsil ettiği bu nazariyeye, şimdi izah edeceğimiz manevi (subjektive) nazariyeden ayırt edebilmek için, Mahmassani ile beraber, maddi (objektive) nazariye diyoruz.

D- Manevi (Subjective) Nazariye

Bu nazariyeye de bir önceki nazariye gibi hakkın mutlak değil nisbi olduğunu, dolayısıyla kötüye kullanılmasının caiz olmadığını savunmaktadır. Yine aynı şekilde hakkın sosyal yönünü değerlendirmektedir.

Her iki nazariye de hak sahibinin hürriyetlerinin kısıtlanabileceğini ve esasen kişiye hukukun tanıdığı hakkın gayesinin gözden uzak tutulmaması lazımgeldiğini kabul etmekte, hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olamayacağını savunan "mutlak" hak görüşüne karşı çıkmaktadır.

Bu birleştikleri noktalardan sonra bu nazariyenin önceki nazariyeden ayrıldığı nokta, "hakkın kötüye kullanılmasının" tarifindedir.

Maddi nazariye hakkın kullanılmasından doğan sonuçtan başka hiç bir şeye bakmazken bu nazariye, hakkını kullananın niyetine bakmaktadır. Eğer iyi niyetle kullanıyorsa hak sahibini kendi hakkında tasarruftan men'etmenin bir manası kalmaz. İsterse bu hakkı kullanmaktan doğacak zarar fahiş olsun.

Fakat hakkını sırf başkasına zarar vermek maksadı ile kullanan kimse, tasarrufundan doğacak zarardan sorumlu ve onu tazminle mükellef olur.

Buna göre, bir fiilin mubah veya memnu olmasının ve bir hakkın iyiye veya kötüye kullanılmasının ayırıcı özelliği, kişinin niyeti olmaktadır.

Bunu şöyle bir misalle açıklamak mümkündür:

Adam saldırganlardan veya hırsızlardan korunmak yahut bütün gözlerden uzak köşesinde tenha ve rahat bir hayat sürmek gibi bir defi mefsedet, celbi menfaat amacıyla kendi mülkünde çok yüksek duvar yapsa bu ve benzeri iyi niyet ve maksatla yapılacak böyle duvar ve binalar caiz olur. İsterse bu yüksek duvar komşusunun aydınlığına engel olsun yine caizdir. Fakat bu iş

436 Krş. Mahmassâni, age. s. 48.

bir defi mazarrat ve celbi menfaat için olmaz da sırf komşusuna zarar vermek maksadıyla olursa, bu durumda yasak ve sorumluluğu mucip olur. Doğacak zararın da tazmini gerekir.

Tarifini verdiğimiz bu nazariye her ne kadar işlenmiş bir nazariye değilse de romanistlere yabancı sayılmaz. Nitekim romanistlerin ünlü deyimlerinden biri "mutlak hak mutlak zulümdür" sözüdür.[437] Bundan rahatça söylenebilir ki romanistler aynı anda hem hak hem zulümden söz etmenin çelişki olmadığının farkındadır. Nitekim Justinyen "Diğesta" adı verilen içtihad külliyatında Marcellus'a[438] ait şu sözü nakletmektedir: "Kim kendi mülkünde bir kuyu kazar da komşusunun kuyusunun suyunu kendi kuyusuna çekerse zalim olmaz. Ancak bunu kendi arazisini ıslah niyetiyle yapmış olmalıdır. Fakat bunu komşusuna zarar vermek kasd ve niyetiyle yapmış ise zalim olur ve sahtekarlık davası ile muahaze olunur".[439]

Bu nazariye karşısında İslam Hukuku:

Önceki iki nazariyeyi incelerken, İslam Hukukçularının, hakkın kullanılması konusunda genel olarak ikiye ayrıldıklarını, birinci grubun prensip olarak hakkın sü-i istimalini kabul etmediklerini, ikinci grubun görüşlerinin ise -ki Mecelle bu grubun görüşünde yürümüştür- neticeye ve zarar-ı fahişe dayanan, bu arada niyete bakmayan maddi nazariyeyi temsil ettiğini görmüş olduk.

Genel olarak böyle. Fakat bazı İslam Hukukçularının istisna teşkil ettiklerini ve şimdi açıklamaya çalıştığımız manevi nazariyeye benzer bin nazariyeyi bugünkü manada tanınmadığı bir devirde savunduklarını görüyoruz.

Bu hukukçu 790 h. yıllarında vefat eden Endülüslü Alim İbrahim Şatıbi'dir. Çok değerli eseri el-Muvafakat'ın ikinci cildinde "Mekasıd"ı incelerken "Dünyada sırf maslahat da sırf mefsedet de yoktur. Şari' Te'alanın (Allah), maksudu ise galibine itibardır. Maslahat ve mefsedet karşılaştığımı ölçülür biçilir bir tercihe gidilir".[440] dedikten sonra hakkın kullanılması veya hukuki

437 "Summum jus summa injurie" Bkz. Arsebük, age. s. 102, not 31; Mahmassâni age. s. 50. not 1.

438 Marcellus, Papa, Ö. 309 m. Bkz. *Meydan Larousse*.

439 Mahmassâni, age. s. 50: D. 39,3, de aqua, 1. s. 12'ye atfen.

440 eş-Şâtibi, Ebû İshak, İbrahim b. Musâ el-Lahmi el Gırnati, (790 h.) *el-Muvafakât Fi-Usûli'l-Ahkâm*, Tarihsiz Kahire baskısı, II, 333.

amel (iş) mes'elesini ele almış ve sekiz bölümde incelemiştir. Biz bunları Mahmassani ile beraber dört maddede özetleyelim:

1- Bir fiil hukuken caiz ise ve o fiili işlemek başkasına bir zarar doğurmuyorsa bu fiil hukukun müsaade ettiği gibi caizdir. Bunun için ayrıca cevaz delili aranmaz.

2- Bir fiil hukuken caiz ve fakat onu işlemek başkalarına zarar verecekse, bu fiili işleyen ise bu fiili işlerken başkalarına zarar verme niyeti taşımıyorsa bakılır: Eğer doğacak zarar umumi ise, o takdirde niyeti ne olursa olsun, umumun zararı yerine hususi zarar tercih edilir ve fiile müsaade edilmez. Şayet doğacak zarar kamu zararı değil de ferdi bir zarar ise ve bu fiili terk etmek ona bir zarar getirmiyorsa, bu takdirde doğacak zarar kat'i ise ve kendisi de bu fiili terkten zarar görmeyecekse, fiil yine caiz olmaktan çıkar.

3- Hukuken meşru fiili işlemekten maksadı sırf başkasına zarar vermekse bu fiil hiç bir suretle caiz olarak kalmaz.

4- Şayet hem zarar verme kasdi hem kendisine yarar sağlama kasdi varsa, mesela kendisine yarar olsun diye malı ucuzlatarak satıyor ve bir an önce paraya çevirmek isterken bir taraftan da başkalarını zarara sokmak istiyorsa, bu takdirde bakılır: Eğer o işten menedilirse oradan sağlayacağı yararı başka yoldan sağlayabilecekse menedilir. Çünkü zarar ve makubele bizzarar yoktur. Şayet başka yolla bu menfaati sağlamak imkanına sahip değilse kasd ve niyetinin cezası kendisine ait olmak üzere mani olunmaz.

Şatıbi'nin görüşü şöyle özetlenebilir:

Bir kimse, hukuken sahip olduğu hakkını kullanırken başkasına zarar vermekten başka bir maksat gütmüyorsa, hakkını böyle bir maksatla kullanması, hukuken korunmaz.

Bugünkü Uygulama

Bugün Roma Hukuku menşeli Avrupa kanunları büyük bir ekseriyetle hakkın sui istimalinde manevi (subjective) nazariyeyi benimsiyorlar. Mesela Alman Medeni kanununun 226. maddesi şöyledir:

"Bir hakkın kullanılmasından maksat sırf başkasına zarar vermekse o hakkın kullanılması caiz olmaz".[441] İsviçre - Türk Medeni Kanununun 2. maddesi de şöyle diyor: "Herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir. Bir hakkın sırf gayri izrar eden sui istimalini kanun himaye etmez".[442]

441 Mahmassâni, age. s. 33; Saymen, ag. mak. s. 20-21.

442 Türk Medeni Kanunu İsviçre Medeni Kanunundan iktibas edilmiş olmakla beraber pek çok maddelerinde ve tercümenin tabiatından gelen aksaklıkların yanında bazı maddelerinin de bilerek tadil edilmiş olduğu görülmektedir. Bu Kanunun 2. maddesi, değiştirilerek tercüme edilen maddelerdendir. Nitekim İsviçre Medeni Kanununda "bir hakkın açıkça kötüye kullanılması"ndan söz edilidği halde, Türk Medeni Kanununda "bir hakkın sırf gayri izrar eden sui istimali"nden söz edilerek İsviçre Medeni Kanununa göre nisbeten sübjektif bir karakter kazanırken, Alman Medeni Kanunundaki "mücerret gayrı izrardan başka bir saiki olmayan" ifadesine nisbetle objektif bir karakter arzetmektedir. Bu itibarla Türk M. K.'ndaki bu konuya ait düzenleme, tamamen sübjektif olmadığı gibi tamamen objektif de görünmüyor ise de "sırf gayrı izrar maksadıyla" yapılan suistimalden söz edilmeyerek "sırf gayri izrar eden" sui istimalden söz edildiğine bakılırsa objektif karakterin ağır bastığı, bunun da açıklamasını gördüğümüz Mecelle'deki düzenlemeye paralelliği söylenebilir. Krş. Saymen, Ferit Hakkı, ag. mak. s. 20-21; Ataay - Sungurbey, *Açıklamalı Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu,* İstanbul 1968, İkinci Maddeye ait açıklama, s. 15.

VII - MÜLKİYETİN VAZİFELERİ

İslam Hukuku'nda mülkiyet hakkı sahibine birtakım mali vazifeler yükler. Bu vazifeleri şöylece sıralayabiliriz.

A- Nafaka Mükellefiyeti

Mülkiyetin iktisabı hakkındaki bahiste açıkladığımız gibi. İslam Hukuku'nda nafaka, muhtaç olan lehine iktisap yolu, muktedir olana göre bir mükellefiyettir.

Nafaka mükellefiyeti de her ne kadar ihtiyaç ve iktidar ile alakalı ise de bu müessese tamamen ihtiyaç ve iktidar şartlarına terk edilmemiştir. Belirli şahıslar, durumları itibariyle belirli yakınlarına karşı hukuken nafaka mükellefi kabul edilmiştir. Nafaka konusunda doğrudan doğruya babalık ve kocalık sıfatı mükellefiyet sebebidir. Bir şahıs koca ise otomatikman nafaka mükellefidir. Karısı zengin de olsa, karısının nafakasını sağlamak mecburiyetindedir. Yani aile müessesesinin mali yükünü koca çeker.

Bundan biraz farklı olmakla beraber babalık sıfatı da çocuklarına karşı nafaka mükellefiyeti sebebidir. Gerçi çocuk -mesela anasından gelen miras yolu ile- zengin ise, çocuğun nafakası kendi malından sağlanabilir ve baba kendi malından mükellef olmaz, ama şayet çocuğu zengin değilse o takdirde ister zengin ister fakir olsun çocuğun nafakası ile doğrudan doğruya ve bizzat baba olarak sorumludur.

Kadın kocasını nafaka sağlamaya hukuken icbar edebilir. Baba da evladının nafakasını temine hukuken zorlanır.

Çalışamayacak durumda hastalık veya sakatlığı yoksa, gerekirse hapis yolu ile baskı yapılarak çalışmaya zorlanır.

Kişi, kendi geçimlerini sağlamaktan aciz çocukları için nafaka mükellefi olduğu gibi, miras çerçevesindeki yakın akrabanın nafakası ile de mükellef olur. Muhtaç akraba mahkemeye müracaatla akrabasından nafaka bağlatabilir. Burada aranan şart, daha yakın ve daha muktedir başka kimsenin bulunması veya bulunmaması meselesidir.

Karısı veya çocuğu hakkında ise, daha yakın veya daha muktedir aranmaz. Baba ve koca doğrudan doğruya nafaka mükellefidir.

Akraba nafakası çevresine, eş ve çocuklardan başka, ana-baba, kardeşler, amcalar, halalar, dayılar, teyzeler, (karşılıklı) dedeler, nineler girer.

Görüldüğü gibi nafaka mükellefiyeti bir aile için sosyal ve iktisadi dayanışmadır. Ve bu, ayet ve hadislerle düzenlenmiş temelli bir müessesedir.

Mülkiyetin iktisabı bahsinde de belirttiğimiz gibi bu müessese, Bakara 233, Lokman 15 ve Talak 7 ayetleri ve hadislerden özellikle Veda Hutbesi ile kurulmuş ve hükümleri Fıkıh kitaplarının "Aile Hukuku" (Nikah - Talak) bölümünde "Nafaka" başlığı altında düzenlenmiştir.

B- Zekat

Mülkiyetin iktisabı bahsinde gördüğümüz gibi zekat, Allah'ın farz kıldığı bir mali ibadettir. Bu ibadet kişinin takdir ve iradesine bırakılmış olmayıp cebridir.

Zekatın dayandığı prensipleri şöylece sıralayabiliriz:

1- Söylediğimiz gibi zekat her şeyden önce zorunlu bir vergidir. Diğer dinlerde görülen sadaka ve yardımlara benzemez. (Bakınız. "Kur'an-ı Kerim'de Özel Mülkiyetin Meşruiyeti": Zekat.

2- Zekatı, devlet toplar. Beytülmalde ayrı bölümünde biriktirir, oradan hak sahiplerine bizzat dağıtılır. Bu, Hz. Peygamber (s.a.v.) gününde böyle idi. Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ömer devrinde de böyle idi. Hz. Osman zamanında devlet olarak ihtiyaç duyulmadığı için devlet eliyle toplamadan vaz geçildi. Zekatını fakir ve muhtaçlara dağıtma işi herkesin kendine bırakıldı. Bu bir devlet tasarrufudur. Teşri değildir ve İslam Devleti, kendisine ayetle verilen bu salahiyeti, ihtiyaç duyduğu zaman kullanır. Zekatı toplar. Vermek istemeyenden zorla alır ve hak sahiplerine dağıtır.

Zekat toplama işi, ayet-i kerime'de (X, 60) bir memuriyet şeklinde müesseseleşmiştir: "Ve'l-âmilîne aleyha" (Zekatı toplamaya memur olanlara).

Zekat toplamaya memur edilen kişilere de zekat malından ödeme yapılır. Haddi zatında fakirlerin hakkı olan zekattan, onu toplama masrafları yani bu vergi için gerekli cari harcama ve personel giderleri ve diğer masraflar buradan ödenebilecektir demektir.

Zekat toplama işi üzerinde o kadar ciddiyetle durulmuştur ki Hazret-i Ebu Bekir (r.a.): Resulullah'a ödenen bir buzağıyı dahi vermeyenin üzerine askerle giderim diyerek bu müessesesinin sosyal ve iktisadi önemini açıklamıştır.[443]

3- Zekat, tarım ürünleri dışındaki servetin ihtiyaç fazlasından alınır. Tarım ürünlerinde ise az-çok ürünün tamamından alınır. Bunlardan ihtiyaç fazlası olma şartı aranmaz. Madenlerin zekatı da tarım ürünleri gibidir. İhtiyaca, borca ve istihsal edilen madenin miktarına bakılmaksızın, elde edilen madenin tamamı vergilendirilir. Yerinde işaret ettiğimiz gibi madenlerin zekat nisbeti en yüksektir: 1/5 (humus). Bu nisbeti 1/10 (uşr) ile tarım ürünleri takip eder. Kamu malı niteliğindeki tarım arazilerinin gelirlerinde ise 1/2'ye kadar çıkan nisbette vergi tarh edilebilir.

Servet nakidse veya ticaret malı ise her sene mutlaka zekatı ödenecektir. Onun için kişi malını işletmek, hapsetmemek mecburiyetinde kalır. Zira işletip işletmediğine bakılmaksızın her sene zekatı ödemek borcu altındadır.

4- Bütün mallarda vergiden muaf bir asgari mikdar (nisab) vardır. Bu nisaba ulaşmayan servet zekata tabi olmaz. Az önce söylediğimiz gibi maden bunun istisnasıdır. Hazır tabii nimetlerden madenler, az-çok ama mutlaka zekata tabi tutulur. Çünkü bu hazır tabii nimetlerde bütün insanların hakları vardır. Bu hak kamuya vergi şeklinde ödenir.

Zekatta, nafaka mükellefiyetinden farklı olarak bir "nisab" ölçüsü vardır. Nisaba, modem tabirle "asgari geçim indirimi" demek mümkündür.

---

443 *el-Câmi'u's-Sagir'de* Suyûti'nin mütevatir olduğunu bildirdiği bu hadis hakkında bkz. *Buhârî, İ*'tisam, 2, (ayrıca zekat ve cihad bahislerinde tekrar edilmektedir); *Müslim,* İman, 32; *Ebû Dâvud,* Zekat, 1; *Tirmizi,* İman, 1; *Nesâi,* Zekat, 3; *Muvatta',* Zekat, 30; İ*bn Mâce,* Fiten.

Altın (zahab)'da Yirmi miskal (takriben 80 gram);

Gümüş (fidda) te ikiyüz dirhem (takriben 600 gram);

Davar (ganam)'da 40,

Sığır (bakar)'da 30,

Deve (ibil)'de 5 adet;

Tarım ürünlerinde (zurü, simar) bir ton,[444]

olarak belirlenen mikdarlar dikkate alınarak vergiden (zekat) muaf tutulan mikdar nisab; asgari miktar (nisab ; asgari geçim indirimi) rakamı bulunabilir.

Dikkat edilirse, İslamiyet, fertlerin asgari bu ölçüde vergiden muaf bir mala sahip olmalarını öngörmektedir. İhtiyaç fazlasını gösteren böyle bir refah seviyesi, ideal refah seviyesi sayılabilir. Yani ihtiyaç fazlası olarak bu miktarda bir mala sahip olunacak ve üzerinden bir sene geçecek ki zekat gerekli olsun. İşaret ettiğimiz gibi tarım ürünleri ile madenler bu kaydın dışındadır. Madenlerde ve tarım ürünlerinde ihtiyaç fazlası olmasına bakılmaksızın tamamı zekata tabi olur.

Nisap miktarlarını mukayeseli bir şekilde inceleyen Şah Veliyyullah Dehlevi, bu miktarların o gün için birbirlerine yakın değerde şeyler olup bir ailenin ortalama geçimine muadil bir "mikdar" olduğu neticesini çıkarmıştır. Buna göre o gün yirmi miskal altın ikiyüz dirhem gümüşe; tanesi beş dirhemden kırk koyun, ikiyüz dirheme tanesi sekiz koyundan beş deve kırk koyuna ve dolayısıyla ikiyüz dirhem gümüşe denk bulunuyordu.[445]

5- Zekat yıllık vergidir. İhtiyaç fazlası ve nisab miktarı servetin üzerinden bir sene geçmiş olmalıdır. Böyle bir mal nisab mikdarının altına düşmediği müddetçe her sene zekata tabi olur.

6- Bütün mallar prensip olarak zekata tabidir; "Onların mallarında sa'il ve mahrumun belirli bir hakkı vardır."

---

444 Tarım ürünlerinde nisap şartının tartışmalı olduğuna işaret etmiştik.

445 Bkz. Dehlevi, es-Şeyh Ahmed, el-Ma'ruf bi Şah valiyyillah Abdurrahim, *Huccetullahi'l-Bâliga,* Kahire Tarihsiz, Seyyid Sabık neşri, s. 506.

Mallardan yiyecek, giyecek maddeleri, ev eşyası, binek vasıtaları ve iş aletleri zekattan muaftır. İslam Hukukçuları, malın zekata tabi olmasında ortak özellik olarak "nema"yı kabul etmişlerdir.

Nema, artma ve çoğalma demektir. Nema hakiki olabildiği gibi hükmi de olabilir. Ticaret mallarında nema hakiki iken altın, gümüş ve diğer nakit servette nema takdiridir. Takdiri nemanın mevcut olduğu kabul edilen bu malların üzerinden bir sene geçmiş ve nisab miktarının altına düşmemişse bunlarda nema var kabul edilir.

Buna göre, nakit servet yani altın, gümüş ve diğer paralar (banknot v.s.) nisab miktarını bulmuş ve üzerinden sene geçmiş bulunursa, nisab miktarının altına düşmediği müddetçe her sene zekata tabi olur.

Keza, davar, sığır, toprak mahsulleri ile ister yiyecek, ister giyecek cinsinden, cinsi ne olursa olsun bütün ticaret malları (bu mallar ticarete konu olan araba, apartman veya arsa olabilir), tamamı bütün değeri üzerinden zekata tabi olur. Maden ve definelerde ise ifade ettiğimiz gibi nisap da nema da aranmaz.

7- Zekat, devlet eliyle toplanan bir mali mükellefiyet olduğu için bir taraftan "vergi" karakterinde, bu görevi kişiler ibadet niyeti ile ve ibadet olarak vermek mükellefiyetinde bulundukları için diğer taraftan "ibadet" karakterinde bir ödevdir. Zekatı veren ibadet kasd ve samimiyeti içinde verdiği için, aklı ve canı malının peşinden gitmez. Dolayısıyla bu malın, gittiği yere hayrı dokunur.

8- Zekatın sarf yerlerini, Tevbe sûresinin 60. ayeti tayin ve tesbit etmiştir. Netice itibariyle zekat, ihtiyaç sahiplerine dağıtılacak bir vergidir.

C- Nafaka ve Zekat Dışındaki Mali Mükellefiyetler:

İslam Hukuk Sistemine göre servet, nafaka ve zekatdan ayrı olarak bazı mükellefiyetlere daha tabidir. Mülk sahipleri bu vergilerle mükellef olurlar.

Kişinin, zekatdan ayrı mali mükellefiyetlere sahip olduğu hem ayet ve hem de hadislerde bildirilmektedir:

1- "*Erginlik değil; Yüzlerinizi kah gündoğu tarafına çevirmeniz, kah Batı. Velakin eren o kimsedir ki, Allah'a ahiret gününe, melâikeye, kitaba ve bütün peygam-*

berlere iman edip karabeti olanlara, öksüzlere, biçarelere, yolda kalmışa, dilenenlere ve esirler uğrunda seve seve mal vermekte; hem namazı kılmakta hem zekatı vermekte, bir de andlaştıkları vakit ahidlerini yerine getirenler, hele sıkıntı ve hastalık hallerinde ve harbin şiddeti zamanında sabru sebat edenler. İşte bunlardır o sadıklar ve işte bunlardır o korunan müttakiler." (Bakara Sûresi ayet 177).

Görüldüğü gibi aynı ayette zekattan ayrı olarak bir mal vermekten söz edilmektedir.

2- Hz. Peygamber (s.a.v.) de: "Mal'da zekat'tan ayrı olarak bir "sadaka" mükellefiyeti mevcuttur" buyurmuştur.[446]

Vatan müdafaası gibi olağanüstü durumlarda ise artık mükellefiyetin de üstünde herkes her şeyi ile malı ile canı ile vazife alır ki bunu mülkiyetin vazifeleri arasında saymıyoruz.

Demek oluyor ki İslam Hukuk sistemi insana mülkiyet hakkı bahşetmiş buna karşılık bir takım mükellefiyetler yüklemiştir. Bu mükellefiyetler, hiç bir zaman kişiyi bu haktan mahrum edecek ölçülerde mükellefiyetler değildir.

Onun için bazılarının dediği gibi mülkiyete sosyal bir ödevdir diyemiyeceğiz fakat onda sosyal ödevler var diyeceğiz. Zira mülkiyet temelde ödev değil "hak"tır.

Bütün bunlara bir de mal sahibinin malını meşru şekilde kullanma mükellefiyetinde olduğunu ilave etmemiz gerekmektedir. Bu da bir vazife olup malını yerli yersiz döküp saçan (israf, tebzir) kişi, malına karşı onu güzel kullanma ve muhafaza vazifesini yerine getirmediği için, temelde emanet olan malın muhafazası için "hacr" (kısıntılık) altına alınabilir.

İslam Hukukuna göre bir hak olan mülkiyeti muhafaza ve güzel kullanma bir vazifedir.

---

446 *Tirmizi,* Zekat, 27.

III. BÖLÜM:
SERVET DAĞILIMI

I - İSLAM HUKUK VE İKTİSAT SİSTEMİNE GÖRE EKONOMİK PROBLEM VE ÇÖZÜM YOLU

A- Ekonomik Problem

İnsanların hayatlarını sürdürebilmek için muhtaç oldukları maddelerin hepsi aynı karakterde değildir. Kimisi çok boldur; Üretime, dağıtıma, kısaca iktisadi analize konu olmazlar. Güneş ışığı ve hava bunlara örnek teşkil eder. Bir kısım ihtiyaç maddeleri ise peşinden koşmayı ... elde etmeyi, üretimi... gerektirir. Kısaca iktisadi analize konu olur.

Hayat için zorunlu olan ihtiyaç maddelerinin bir bölümünü herkes istediği kadar bulamadığına göre, ortada bir problem var demektir. Bu noktada bütün iktisadi cereyanlar müttefiktir. Yani, iktisadi alanda, müdahale edilmesi ve çözümlenmesi gerekli bir "ekonomik problem" vardır.

Ekonomik problemin var olduğunda ittifak eden iktisadi akımlar problemin kaynağı ve çözüm yolları konularında anlaşamazlar.

1- Nedret

Kapitalizme ve modern siyasi iktisat telakkisine göre[1] problem, "nedret" (rarity)'den[2] kaynaklanmaktadır. Yani insan ihtiyaçları sonsuz fakat bu ihtiyaçları karşılayacak olan mal ve hizmet miktarı sınırlıdır.

---

1 Alkin, Erdoğan, *İktisat,* İstanbul 1972, s. 1; es-Sadr, Muhammed Bakır, *İktisâduna,* Beyrut 1968, s. 306; Şakr, Ahmed, 1396-1976 Şubat ayında Mekke'de toplanan Birinci Dünya İslâm İktisad Kongresi'ne sunulan Tebliğ, s. 2; Abduh, İsâ, Aynı kongreye sunulan tebliğ, s.11.

2 Nedret kelimesi Arapça n-d-r kökünden gelir. Dilimizde "nadir olma" azlık, seyreklik, az bulunma anlamlarına gelir. F. Devellioğlu, Osmanlıca, Türkçe Ansiklopedik Lügat. İktisatta ise her yer ve zamanda hava ve güneş ışığı gibi bolca bulunamayan ihtiyaç maddelerinin dünyada "azlığı"nı ve yeteri kadar bulunamadığını anlatan bir kelimedir.

Mal ve hizmet miktarının sınırlı oluşu ise bunların üretimine tahsis edilecek kaynakların sınırlı oluşundan doğmaktadır.

Şu halde kaynakların kullanımında bir seçim yapmak ve hangi malların nasıl ve ne miktarda "üretilip" kimlere "dağıtılacağı" hakkında bir karara varmak gerekmektedir. İhtiyaçlar gibi mal ve hizmet mikdarı, daha doğrusu bunların üretimine tahsis edilen kaynaklar da sonsuz olsaydı, iktisat ilmi ve iktisadi analiz gereksiz bulunacaktı.[3]

2- Çelişki

Marxsizm'e göre[4] ekonomik problem, üretim biçimi ile dağıtım ilişkileri arasındaki çelişkiden doğmaktadır.[5] Bu çelişkiden kaynaklanarak zaman zaman ve yer yer bazan gizliden gizliye bazan açıktan açığa meydana gelen çatışmalar devamlıdır.[6] Ta ki çok bol ürünün sağlandığı[7] niha'i safha olan komünizme geçilip herkese "ihtiyacına göre" dağıtım gerçekleşinceye, bir bakıma tarih son buluncaya kadar.[8]

3- İnsan

İslam iktisat sistemi açısından ise problemin kaynağı olarak ne nedret kabul edilebilir ne çelişkiye bağlı dağıtım bozukluğu.

Nedret kabul edilemez. Çünkü İslam düşünce sistemine göre Allah, tabiatı, bütün yaratıklara yetip artacak şekilde "bol" nimetlerle donatmıştır. Hatta, İslam iktisadında "nedret"in opoziti olan "vefret" (wefra) tezdir. Bunu az sonra izah edeceğiz.

Problemin kaynağı olarak çelişki ve bunun diyaletik sonucu kabul edilen dağıtım bozukluğu da kabul edilemez. Çünkü, zorunlu olarak nitelenen bu durum karşısında, problemin çözümü yolunda insana marxist düşüncenin savunduğu belli tarih merhalelerini "eli kolu bağlı olarak" beklemekten başka bir iş kalmayacaktır.[9]

---

3 Alkin, Erdoğan, age. s. 1.

4 Burada Marxsizm'in "alt yapı olayları üst yapıyı gerektirir" tezi esas alınmıştır.

5 Sadr, M. Bakır, age. s. 306.

6 Özdüven, Ali, *İktisat İlmine Giriş,* İstanbul 1972, s. 100-101; *Sakr,* Ahmed, ag. tebliğ, s. 2.

7 Ülken, Yüksel, *Yirminci Yüzyılda Dünya Ekonomisi,* İstanbul 1974, s. 231; Sakr, Ahmed, ag. tebliğ, s. 2.

8 Ülken, Yüksel, age. s. 231; Özgüven, age. s. 100-101; Sakr, Ahmed, ag. tebliğ, s. 2.

9 Ülken, H. Ziya, *Tarihi Maddeciliğe Reddiye,* İstanbul 1976, s. 148.

Esasen bu tezi bizzat sahipleri de sonuna kadar savunamamış; tenkid ve hücuma uğradıklarında fatalizm, tek taraflılık, insan faktörünü görmemek gibi ithamlardan kurtulmak için bu tezi yumuşatma yoluna gitmişler, yumuşatacağız derken hatta tam zıddı bir tezin savunucuları durumuna düşmüşlerdir.[10] Kaldı ki meselenin kaynağı olarak "dağıtım bozukluğu" tezi kabul edilse ve zorunluluk bir tarafa atılarak dağıtım "olması lazım gelen" biçimde yapılsa bile, bu, ekonomik problemin çözümüne yaramayacaktır. Marxizm'in komünizm öncesi sosyalist safhada, "herkese emeğine göre" tezini savunması da bunun itirafından başka bir şey değildir.

O halde İslam iktisat sistemi açısından ekonomik problem ve bu problemin kaynağı nedir?

Bu sorunun cevabını vermeden önce, İslamiyetin mülk edinme ve mülkiyetten doğan tahdid ve mükellefiyetlerle ilgili -ikinci bölümde geçen- prensiplerine ilaveten, İslamiyetin tabii servete (ilahi nimetler) ve insan -nimet ilişkilerine dair bazı hüküm ve prensiplerini görelim:

"*Allah o tanrıdır ki: Gökleri ve yeri yarattı ve yukarıdan bir su indirdi de onunla size rızık için türlü semereler çıkardı. Ve emri ile denizde cereyan etmek için size gemileri musahhar kıldı. Size nehirleri de musahhar kıldı. Ve sizin için birbiri ardınca ay ve güneşi musahhar kıldı. Ve yine sizin için gece ve gündüzü musahhar kıldı. Hem size istediğiniz şeylerin hepsini verdi. Öyle ki Allah'ın nimetlerini saysanız*

10 Ülken, Hilmi Ziya, *Tarihi Maddeciliğe Reddiye,* s. 146-150: *"Marx Oritique de l'economie Politique*'de şöyle diyor: İctima'i istihalede insan iradelerinden bağımsız maddi evrim münasebetlerinin toplamı, cemiyetin iktisadi yapısını meydana getirir. Cemiyetin gerçek temeli olan bu yapı üzerinde hukuki ve siyasi üst yapı yükselir." Tarihi materyalizmin asıl ifadesi ve bu yazarın ana kitaplarda yürüttüğü fikir budur. Fakat, gerek onun gerek Engels'in başka bazı kitap ve mektuplarına bakılacak olursa bunun zıddı bir kanaatle karşılaşırız..." (s. 147) "Nitekim Marx "18 Brumaire" i yazdığı zaman şöyle diyordu: insanlar kendi tarihlerini yaparlar fakat indi ve keyfi olarak yapmazlar. Kendilerinin seçtikleri şartlar içinde geçmişten miras kalan ve doğrudan doğruya verilmiş şartlar içinde yaparlar." bu tefsir şekli bu doktrine atfedilen fatalizmden kendini kurtarmış gibi görünüyor. Fakat bu iki tezden hangisi daha çok tarihi materyalizmi ifadeye elverişlidir? Bunu belirtmek çok güçtür. Çünkü eser ve tetkik olarak ("kapital", "Aile ve Mülkiyetin Menşei" v.s.) ortaya koymuş olduklarında daima birinci tezi tatbik etmişlerdir. Ancak tenkid ve hücuma uğradıkları ve kendilerini fatalizm, tek taraflılık, insani faktörü görememek gibi ithamlardan kurtarmak istedikleri zaman ikinci tezi ileri sürmüşlerdir. (s. 149-150).

bitiremezsiniz. O halde insan çok zalim ve çok nankör" (İbrahim Süresi, 32-34. ayetleri).[11]

"İnsanların ellerinin kesbi ile karada ve denizde fesat meydan aldı. Yaptıklarının cezasını kendilerine tattırmak için ki rücu etsinler. De ki: Arzda bir gezin de bakın: Bundan evvelkilerin akıbeti nasıl olmuş? Onların ekserisi müşrik idi".[12]

Yani "insanların ellerinin kesbi yüzünden -fıtratın hilafına takip olunan şirk, ahlaksızlık, haksızlık, muhtelif hevalar, türlü mezheplerle beşeri ihtirasların çarpışması sebebiyle- karada ve denizde fesat baş gösterdi. Fıtri nizam bozuldu. Gerek tabii gerek ictima'i şartlarda uygunsuzluk meydana geldi".[13]

-İnsanların kusurlu davranışları niçin kendisini böyle fesat şeklinde gösterdi?

-Yaptıklarının bazısını Allah kendilerine (bu dünyada) tattırmak için" Tamamını ise ahirette tadacaklar; asıl cezasını orada çekeceklerdir."

"-Madem asıl cezasını orada çekecekler de niçin birazı bu dünyada tattırılıyor?"

"-Gerek ki rücu ederler diye, yani amellerinin cezasını biraz tatsınlar da tevbekar olup şirkten vaz geçip fıtrat dinine; tevhidi hakka, salaha dönsünler diye. Ve işte bi'set-i Muhammediye insanları tevbe ve salaha davet ile selamete çıkarmak içindir. Bunun için buyuruluyor ki: "Rasulüm, Arzda bir gezin de bakın, bundan evvelkilerin akıbeti nasıl olmuş, onların ekserisi müşrik idi, -şirk koşmakla Allah'ın hikmetine karşı ahkam vaz'ına kalkışmakla, Allahtan kurtulmanın çaresini bulamadılar...".[14]

"*Arzı da döşedik ve ona oturaklı ağır dağlar oturttuk. Ve onda mevzun (yani mütenasip veya tartılı) her şeyden bitirdik. Onda size ve rızıkları size ait olmayan kimselere maişetler (geçim) sağladık. Hiçbir şey yoktur ki bizim yanımızda hâzineleri olmasın, fakat biz, onu ancak belli bir miktar ile indiririz*".[15]

11 Krş. Elmalılı, IV, 3025-26.
12 Rûm Sûresi, 41-42.
13 Elmalılı, V. 3832 - 33.
14 Elmalılı, V 3833.
15 Hicr Sûresi (XV), 19.

"...*Ey insanlar, bağyınız (azgınlığınız, haksızlığınız) sırf kendi aleyhinizedir. O alçak hayatın biraz zevkini sürersiniz, sonra döner bize gelirsiniz. Biz de bütün yaptıklarınızı size haber veririz*".[16]

Bu ayeti kerimelerde gördüğümüz açık maddeler halindeki ifadeler, uçsuz bucaksız bir evrende, insan için gerekli olan herşeyin bir ölçü dahilinde yeterince depolanmış olduğunu ve fakat insanoğlunun bu imkan ve fırsattan "zulm"ü ve "nankör"lüğü sebebiyle kendi kendisini mahrum ettiğini, dünyayı kendi elleriyle Cehennem'e çevirdiğini... anlatmaktadır.

Bu hususları izah için biz bu ayeti kerimelerde geçen üç nokta üzerinde duracağız:

1- "... Hem size istediğiniz şeylerin hepsini verdi."

2- "...İnsan çok zalim ve nankör!"

3- "İnsanların ellerinin kesbi ile karada ve denizde fesat meydan aldı..."

1) "**Ve atakum min külli ma se'eltumuh**" Yani "*hem size istediğiniz şeylerin hepsini verdi*." ifadesindeki "min" harf-i cerri üzerinde duran müfessirler, bu lafza baştan teb'iz manasını vermişlerse de bazı müfessirler siyak, sibak ve diğer lafızların umumiliğine bakarak, buradaki "min" lafzının "beyaniye" veya "zaide" kabul edilmesinin daha uygun olacağını belirtmişlerdir. Mesela Büyük Müfessirlerden Ebu's-Su'ûd:

1- "Min" lafzının teb'iz manası ile "Hem size istediğiniz her şeyden verdi."

2- İsteğin ihtiyaçla olan alakasını dikkate alarak: "Hem size istediğiniz her şeyden (ihtiyacanız olanı) verdi."

3- "Min" harf-i cerri beyaniye olmak ve "küll" lafzı çokluk ifade etmek üzere: "Hem size istediğiniz şeylerin hepsini verdi." şeklinde manalar vermiştir.[17]

16 Yunus Sûresi (X), 23.

17 Ebu's-Su'ûd, *Tefsir*, V. 48.

Kurtubi ise:

1- “Min” harf-i cerrinin teb’iz manası ile: “Hem size istediğiniz her şeyden verdi.”

2- “Min” harfi cerrinin zaide olduğu görüşüne göre: “Hem size istediğiniz şeylerin hepsini verdi.” şeklinde manalar vermiştir.[18]

Biraz sonra izah edeceğimiz diğer sebeplerle biz burada “Min” harf-i cerrinin “beyaniye” veya “zaide” olduğunu tercih ederek, “Hem size istediğiniz şeylerin hepsini verdi.” şeklinde tercüme etmeyi uygun bulduk.

Anlamı üzerinde durduğumuz ayeti kerimedeki bu ifadeden anlaşılacağı gibi Allah insanların ihtiyaç duyarak istediği her şeyi vermiş yani insanların ihtiyaçlarını karşılayacak şeyleri yaratıvermiş yaratıvereceğini vaadetmiş, bil-fiil veya bil-kuvve tabiatta depo etmiştir. Ayrıca, “Yeryüzünde hiçbir canlı yoktur ki Allah onun rızkını üzerine almış olmasın”.[19] ayeti kerimesi de bu manayı açık bir şekilde desteklemektedir. İlmi verilerin yanı sıra bu ayeti kerimelere dayanan Sadr, kapitalist sistemin “nedret” tezini reddederken.[20] İsa Abduh’da bir hilkat kanunu bir tabiat kanunu olarak “vefret” (abundance) yani bolluk tezini müdafaa etmektedir.[21]

Bu itibarla, İslam Düşüncesi açısından ekonomik problem kaynak kıtlığı anlamında olarak “nedret” değildir.

2- “*İnsan çok zalim, çok nankör*!” (İbrahim 34). Ayeti kerimenin bu ifadesinde insanın çok zalim ve çok nankör olduğu bildirilmektedir. Müfessirler, insanoğlunun “zulm”ünün ve “nankör”lüğünün iktisat alanında kendisini nasıl göstereceği üzerinde durmuşlardır. Ebu’s-Su’ûd ve Kurtubi’ye göre[22] iktisat alanında insanoğlunun zulmü, tabiatta saklı nimetleri elde etme yolunda çalışmamak, gayret sarf etmemek, kısaca kendisine düşeni yapmamak suretiyle önce kendisini sonra da başkalarını mahrum ederek kendisini gösterir: (Üretim yetersizliği).

18 Kurtubi, *Tefsir*, IX, 367.

19 Hud Sûresi, 6.

20 Sadr, M. Bakır, age. s. 306-308.

21 Abduh, İsâ, ag. tebliğ, s. 11-13.

22 Ebu’s-Su’ûd, V. 48; *Kurtubî,* IX. 367.

Nankörlük ise, elde edilen nimetlerin hak sahiplerine "olması lazım gelen" biçimde, yerli yerince hakkı hakkınca dağıtılmamasında kendisini gösterir: (Dağıtımda haksızlık).

Dirayetli bir araştırmacı Sadr ise bu iki kelime üzerinde aynı şekilde durmuş ve fakat "zulm"ün dağıtım sahasında; nankörlüğün ise üretim sahasında kendisini göstereceğini söylemiştir ki, bu farklı anlayışın konumuz açısından önemi yoktur. Burada dikkat çeken ve üzerinde önemle durulması gereken husus, ayeti kerimelerde, nimetlere makro ve mikro planda işaret edildikten sonra insana atfedilen zulüm ve nankörlük sıfatlarının "üretim" ve "dağıtım" ilişkileri gibi iktisadi kavramlarla açıklanmış olmasıdır.

3- "*İnsanların ellerinin kesbi ile karada ve denizde fesat meydan aldı*" (Rum Süresi 39). Bu ayeti kerimede:

a) Fıtri - Tabi'i sosyal düzenin bozulmasına (Dünyanın bozulmasına) sebep olarak insanların iş ve davranışları gösterilmektedir.

b) Beşer tarihine bakıp onların uğradıkları akibetten ders alınması istenmektedir.

c) Daha sonraki ayette yer alan "yüzünü o doğru sabit dine tut!" emri ile de insanlardan, fesada sebep olan kötü davranışlarını düzelterek, sosyal düzeni yeniden tanzim etmeleri istenmektedir.

Üzerinde durduğumuz noktaların ışığında ayetlerden çıkan sonuçları görebiliriz:

1- Tabiatta, insanların ihtiyaçlarını karşılayacak ölçüde servet ve nimetler saklıdır, (vefret tezi)

2- İnsanlar zalimlik ve nankörlük ederek:

a) Tabiatta saklı nimetleri elde etme konusunda genellikle kusurlu davranırlar. (Üretim yetersizliğine) sebep olurlar.

b) Elde edilen az-çok ürünün dağıtımı konusunda da haksız davranırlar. (Dağıtımda haksızlığa) sebep olurlar.

3- Tabii - Sosyal düzenin bozulmasının (fesad) sebebi insanlardır; insanların davranışlarıdır. Zulüm ve nankörlük kavramları ile özetlenebilecek bu

davranışlarını düzelterek fesad'ı ortadan kaldırmak insanların sadece güçleri dahilinde değil aynı zamanda ödevleridir.

Böylece insanlar:

Yeterli üretim için gereğince çalışmamak, elde edilen ürünü de hakkaniyet ölçülerine göre dağıtmamak suretiyle ekonomik problemi kendileri yaratırlar.

Burada, birbirinin zıddı görünümünde olan iki terim "nedret" (rarity, kıtlık) ile "vefret" (abundance, bolluk) üzerinde durma ihtiyacı doğmuştur.

Modern iktisat yazarlarının iktisat ilmine gerekçe olmak üzere temel aldıkları "nedret" ile bizim burada savunduğumuz "vefret" arasında açık bir fark var. Bu fark görünüşte o kadar büyük ki, bunlardan birini savunan diğerini reddetmiş görünür.

İktisat ilminin ve iktisadi analizin sözünü ettiği "nedret" insan ihtiyaçlarını karşılayacak mal ve hizmetlerin nisbi azlığı anlamını taşır ki bu herhangi bir zamanda elde edilen mal ve hizmet için, İslamiyet dahil, her türlü iktisadi fikir akımına göre geçerli bir kavramdır. Yani bu bahsin başında belirttiğimiz gibi bütün ihtiyaç maddeleri, güneş ışığı ve hava gibi bol, yaygın ve serbest değildir. Bir kısım ihtiyaç maddeleri elde edilmeyi, üretilmeyi kısaca insan emeğini ve müdahalesini gerektirmektedir. İşte bu ihtiyaç maddeleridir ki elde edilen (veya elde edilmiş) miktarı itibariyle insan ihtiyaçlarına nisbetle kıttır. İktisadi analiz ve iktisat ilmi, bir yandan bu maddelerin nasıl ve ne mikdar üretileceği, öbür yandan bu imkanların ihtiyaçlara maksimumu sağlayacak şekilde dağıtılması yollarını arayacaktır.[23] Eğer bütün ihtiyaç maddeleri hava ve güneş ışığı gibi bol olsaydı, elbette bir iktisadi analize gerek kalmayacaktı. Bu anlamda "nedret" -sebeplerini az sonra açıklayacağımız gibi-
her zaman her iktisat sistemi için problem olmaya devam edecektir.

Savunduğumuz "vefret" (abundance, bolluk) tezine gelince, bu, fiilen elde mevcut, üretilmiş veya elde edilmiş maddeleri değil bu maddelerin tabiattaki mevcudiyetini (kaynaklar) kasdetmektedir.

Yani balık piyasasında mevcut balık, insanların ihtiyaçlarına nisbetle kıttır, (Nedret). Ama, herhangi bir zamanda denizlerde ve sair sularda mevcut balıklar insanların hepsinin ihtiyaçlarına nisbetle boldur, (Vefret).

23 Alkin, Erdoğan, age. s. 1. Krş. s. 266-67.

Burada sözkonusu olan vefret aslında iktisadi analiz ve iktisat ilminin ilk planda konusu değil gibidir. Bu bir taibat kanunudur. Konunun tabiat cephesi olmadan da iktisadi analizin ve iktisat ilminin fonksiyon ve görevleri vardır. Ne var ki ileri bir iktisat, taibat şartlarını da dikkate alır. Ve tabiat kaynaklarının "vefret" üzre olduğunun bilinmesi halinde bile iktisadi analize ve iktisat ilmine gerek bulunacaktır. Çünkü üretime ve dağıtıma konu olmaktadır.

İşte İslam İktisat ve Hukuk sisteminin savunduğu ve kapitalist sistemden de, bu sistemden kaynaklanan modern siyasi iktisat görüşünden de ayrıldığı nokta.

Kapitalist iktisat sistemi ve modern siyasi iktisat, "nedret" tezini tabiat kaynaklarına uzatmaktadır. Halbuki "vefret" bir tabiat kanunudur. Az önce balık için verdiğimiz misali, bütün ihtiyaç maddelerine teşmil etmek tabii olarak mümkündür.

Burada bir soru kalıyor:

"Vefret" bir tabiat kanunu olmasına rağmen iktisadi "nedret nereden doğuyor? İşte üzerinde durulacak nokta budur.

Bütün gıda ve ihtiyaç maddeleri için geçerli olan piyasadaki ve sulardaki balık misalimizden hareket edersek, nedret sebebi tabiat kaynakları değil insanların fiilleridir. Bu niçin böyle oluyor?

Bunun sebeplerini iktisat alimi Dr. İsa Abduh'tan özetleyerek şöyle sıralayabiliriz.[24]

1- İnsan gücü sınırlıdır. İstediği her şeye gücü yetmez. Zaten iktisadi inkişafın, makine ve teknolojiyi keşfetmenin itici gücü bu güçsüzlükte saklıdır. Yani insan alete muhtaç olmadan istediği her işi başarabilse ve ihtiyaçlarını tatmin edebilse idi ne bir icada ne bir keşfe kafa yorardı. İlk yaratıldığı günkü bilgi ve becerisi ile kalırdı. Ama Allah en mükemmel en üstün olarak yarattığını[25] bildirdiği kuluna, onun yaradılış gayesini gerçekleştirme yönünde itici güç rolünü oynayacak acizlik vermiştir. İnsan da bizzat yapamadıklarını icat ettiği aletler yardımıyla yapmaya çalıştı. Bu yolda o kadar ilerledi ki "insan ira-

24 Abduh, İsa, ag. tebliğ, s. 11-13.

25 Tin Sûresi, 5.

desi dağları söker"[26] anlamındaki söz hep geçerliliğini sürdürdü. Yani kısaca insan şahsi gücü itibariyle her istediğini yapamaz ve dolayısıyla istihsalde de elde edilen teknik araçlar ölçüsünde başarılı olur. Yoksa insanın bir maddeyi elde edememesi, onun tabiatta yokluğundan değil, insanın teknik gücünün henüz ona ulaşamadığındandır.

2- Esasen insanda sınırlı olan gücünü de az kullanma meyli vardır. İster ki çok az çalışsın ama çok şey elde etsin. İster ki çok az riskin altına girsin ama çok kazanç sağlasın. Yani insan, olan gücünü harcarken de nazlıdır.

3- İnsanlar ihtiyaç maddelerini kullanırken her zaman hesaplı iktisatlı davranmamakta, ihtiyaç maddelerini ihtiyaç olmayan sahalarda israf edebilmektedir. Bu da nisbî "nedret"in doğmasına yol açmaktadır.

4- İnsanlar yukarıda da üzerinde durduğumuz gibi servetin dağıtımında haksızlık etmekte, hakkaniyet ölçülerine göre dağıtım yapılmadığı için de kimi insanların hiçbir ihtiyaçlarını görmediği halde elleri altında hapsettikleri nimetler, bir çok insanın ihtiyaç içinde kalmasına ve görünürde bir "nedret"e sebep olmaktadır.

O halde;

Ekonomik problem, kaynak yetersizliği anlamında "nedret" veya diyalektik anlamda "dağıtım bozukluğu" değil, insanın iradi olarak kusurlu davranışının bir sonucu olan üretim yetersizliği ve dağıtımda haksızlıktır.

Problemin kaynağı ise: İnsan'dır.[27]

---

26 Himmetu'r-Rical Takle'u'l-Cibal (atasözü)

27 21-26 Şubat 1976 tarihleri arasında Mekke'de toplanan birinci Dünya İslam İktisat Kongresine - birinci sayfasındaki 1 numaralı dipnotta belirtildiğine göre 13 kadar sayılı ilim adamı ile de mutabakat sağlayarak - 51 sayfalık değerli bir tebliğ sunan Kral Abdülaziz Üniversitesi İktisat Profesörlerinden üstad Dr. M. Ahmed Sakr, tebliğinin ikinci sayfasında iktisat ilminin tarifini aynen modern iktisattaki gibi verdikten ve aynı sayfada kaydettiği bir numaralı dipnotta Marxist telakkiye göre ekonomik problemin kaynağını ve mahiyetini belirttikten sonra, önemli bazı İslam düşünürlerinin, ekonomik problemin tamamen insan işi olduğu, hususiyle bozuk dağıtım ilişkilerinden doğduğu görüşünü savunduklarını kaydeder. Ve ekonomik probleme üretim, dağıtım, insan olmak üzere üç noktadan birden yaklaşmanın daha doğru olacağı kanaatini belirtir, eş-Şeyh M. Bakır es-Sadr'ın iktisaduna, eseriyle aynı görüşü paylaşmadığını kaydeder. Bu muhalefeti biz konumuz açısından çok önemli bulduk ve üstüne gittik. Gördük ki, iki üstad, ekonomik probleme aynı üç unsuru birden dikkate alarak yaklaşmakta, önem-

İnsan gerekli üretim için üzerine düşeni yapmaya karar verirse sonuca ulaşmasına “kaynak yetersizliği” anlamında bir “nedret” engeli ile karşılaşmayacağı gibi, üretim biçimi ile dağıtım ilişkileri arasında varsayılan “diyalektik” bir “dağıtım bozukluğu” zorunluluğu problemi ile de karşılaşmayacaktır.

İslam düşüncesine göre insan isterse kendi iradesi ile genel ekonomik refahı sağlayabilecektir.

Burada önemli bazı noktalara dikkat çekmek gerekecektir.

4- Önemli Bazı Noktalar

a) Ekonomik problemin kaynağı olarak nedret veya diyalektik dağıtım bozukluğunun kabul edilmesinin pratikte bazı önemli sonuçları olacaktır.

aa) Nedret Tezinin Sonuçları

Sınırlı olan tabii kaynakların sınırsız ihtiyaçlara yetmeyeceği tez olarak benimsendi mi artık bütün insanlara şamil genel refahtan söz edilemez. Hatta bazı insanların açlıktan ölmesi normaldir. Diğer insanlar bundan sorumlu olmazlar. Gelecekte ise insanların tamamı için açlık tehlikesi kaçınılmazdır.

Böyle bir anlayış insanları sırf kendisini düşünmeye mahkum edecektir. Başkasını düşünmek şöyle dursun, açlıktan ölenlerle bile ilgilendirmeyecektir. Çünkü düşünse ve ilgilense ne çıkar? Tabiattaki nimetler herkese yetmeyecektir ki! Sonra, başkasını düşünürken, başkasının derdi ile ilgilenirken ya kendisi muhtaç duruma düşerse, açlıktan ölürse!..

---

li bazı noktalarda ayrılmaktadırlar. Üstad Sakr, İktisat tarifinde, ekonomik problemin “nedret”ten doğduğunu kabul ediyor. (tebliğ, s. 2). Fakat bunu kendi kanaati olarak açıklamaya geçince (biz buna İslam açısından yaklaşma da diyebiliriz) nedret’i tek başına ele almamalı! dağıtım ve bizzat insan unsurlarını da hesaba katmalıdır, diyor. Üstad es-Sadr ise İslama göre ekonomik problemin kaynağı olarak üretim kaynaklarının yetersizliği anlamında “nedret” kabul edilemez; Üretim yetersizliği anlamında “nedret” ile diyalektik anlamda olmamak şartı ile “dağıtımda haksızlık” problemi doğuruyor, diyor. (s. 307) Bunlar, problemin tezahür kanallarıdır. Kaynak insandır yani üretim yetersizliğine de dağıtım haksızlığına da sebep insandır; İnsanın fiil ve iradesidir, diyor. O halde Üstad Sadr’ın ifade ettiği gibi Sadr, problemin kaynağı olarak dağıtım bozukluğunu görmüyor. Aksine Marxizm’in diyalektik “dağıtım bozukluğu” tezini güçlü bir şekilde, reddetmiş oluyor.

Bu anlayış, pratikte temsilcisini R. Malthus (1766-1834)'da bulan ve tesirleri asırlarca sürecek bir tip yaratacaktır. Bu tip, sefaletin kaynağını sosyal sebepler yerine tabii sebeplerde arar. Nüfus artışı ile gıda maddelerinin artışı arasındaki orana takılır. Nüfusun geometrik (1-2-4-8-16-36...), gıda maddelerinin ise aritmetik (1-2-3-4-5...) dizi ile çoğaldığını düşünerek dehşete kapılır. "Nüfusla dolu dünyada yeni doğan bir kimse, eğer ailesi onu besleyemiyorsa, veya toplum o kimsenin emeğinden yararlanmıyorsa o gerçekten dünyada fazlalıktır".[28] der, nüfusun kontrol altında tutulması gerektiğini, açlık korkusu ile savunur. Dünyayı bu düşünce ile saran doğum kontrolünün moda ve cereyanını meydana getirir. Ve kendisi de o cereyana kapılır.

İslam düşüncesinde de geçim endişesi vardır. Evlenmeye, iktisadi düşünce ile bile sınır konmuştur:

"*Sizden evlenmeye gücü yeten evlensin, gücü yetmeyen oruç tutsun*" hadisi[29] bunu açıkça bildirir. Nisa Sûresi'nin 25. ayetinde de:

"*İçinizden her kim hür olan mü'min kadınları nikah edecek genişliğe güç yetiremiyorsa...*" Yani, içinizden her kim hürre ve mü'mine olan kadınları nikah edecek fazla bir mali kudreti haiz değilse[30] buyurmak suretiyle, iktisadi endişeye yer verilmiştir.

Ancak, buradaki iktisadi hesap, kişi ile ilgili sosyal menşeli bir hesaptır, tabiat kaynaklı değil.

Nitekim ferdin bu sosyal endişesini ortadan kaldıracak bir sosyal tedbir yine Kur'an-ı Kerim'de öngörülmüştür:

"*Bir de bekarları ...evlendirin... eğer fukara iseler Allah onlara fazlından gına (zenginlik) verir. Allah vasi'dir alimdir.*"[31] Yani fakirlikten dolayı evlenemeyenlerin elinden en yakınlarından itibaren toplum tutacak, onların şahsi olan iktisadi endişelerini sosyal bir tedbir ile kaldıracaklardır.[32]

28 Özgüven, age. s. 39.

29 *Buhâri,* Nikah, 2; *Müslim,* Nikah, 1, 3; *Nesâi,* Nikah, 3, Siyam, 40; *İbn Mace,* Nikah, 1; *Dârimi,* Nikah, 2.

30 Elmalılı, II, 1329 - 1330.

31 Nûr Sûresi, 32, Elmalılı, IV, 3510.

32 Atay, Hüseyin, *Kur'an ve Hadiste Aile Planlaması,* A.Ü.İ.F. dergisi, 1970, sayı XVIII, s. 6.

Doğum kontrolü de İslam düşünce sistemine yabancı değildir. Ancak buna iten sebep, doğacak çocuğun rızkı mes'elesi olmamalıdır. Çocuğun eğitilebilme şart ve imkanları (sosyal çevre), iktisadi yükünü çoğaltmak istememe veya annenin gençliğini ve güzelliğini devam ettirme gibi sosyal ve psikolojik endişeler olmalıdır.[33] "*Yoksulluk yüzünden çocuklarınızı öldürmeyin, sizin de onların da rızkını biz veririz*".[34] "*Bir de züğürtlük korkusu İle çocuklarınızı öldürmeyin onlara da rızkı biz veririz size de*..."[35] ayeti kerimeleri bu konuya ışık tutan açık düsturlardır.

ab) "Diyalektik" anlamda "dağıtım bozukluğu" tezinin sonuçları:

Problemin kaynağı olarak böyle bir tez kabul edildi mi, zorunlu olarak şöyle düşünmek gerekecektir:

İnsanlar ne kadar çabalarsa çabalasın, tarih hükmünü icra edecek, belli tarih merhalelerinden geçmeden refah sağlanamayacaktır. Ancak tarih son safhaya (komünist safha) geldiğinde herkes bollaşan üründen "ihtiyacına göre" payını alacak ve genel refah ancak o zaman sağlanmış olacaktır. Tarihin o safhası gelmeden önce insan bunu iradesi ile sağlama gücünde ve iktidarında değildir. Böyle bir anlayış insanları, Ya tarihin hükmünü icra etmesini beklemekten ve sele kapılmış zavallı bir kütük gibi nihayet durabileceği çukura yığılıp bulunduğu yere kendi kendine biriken sulardan payını alma anını ve noktasını gözlemekten başka bir şey elinden gelmeyen çaresiz bir yaratık haline; yahut, hayal edilen komünist cennetini bir an önce gerçekleştirebilmek üzere tarihin akışını hızlandırabilmek (!) için komünist öncesi her düzene düşman, huzursuz, isyankar ve ihtilalci hale getirecektir.

B- Ekonomik Problemin Çözüm Yolu

Ekonomik problemi ve kaynağını tesbit ettik. Problem, insan iradesine bağlı olarak üretim yetersizliğinden ve dağıtımda haksızlıktan doğmaktadır. O halde kuvvetlisi, zayıfı ve düşkünü ile insan ve ihtiyaçları merkez alınarak *üretimdeki yetersizliğe ve dağıtımdaki haksızlığa çare bulunursa, iktisat dünyasında ekonomik problem çekilir gider, problem çözülmüş olur*.

---

33 İbn Abidin, II, 411.

34 Enâm Sûresi, 151.

35 İsrâ Sûresi, 31.

İslamiyet, üretim faaliyetlerine verdiği değer ve atfettiği önemin yanında koyduğu tevzi ve tedavül kanunları ile zulmü ve nankörlüğü ortadan kaldırmanın çarelerini göstermiştir. Şimdi bu çareleri inceleyelim.

1- Dağıtım Sistemi:

Tarih boyunca, dağıtım mes'elesinin, ya tamamen ferdiyetçi yahut tamamen kollektivist bir temele dayandırılmak istenmesinden, insanlar çok çekmiştir. Birincide toplumun hakkına tecavüz edilirken öbüründe ferdi haklar çiğnenmiştir.

İslamiyet, İslam toplumu için öyle bir tevzi sistemi kurmuştur ki orada fert hakları ile kamu hakları bir noktada birleşir. Fert yararı ile kamu yararı birbirini tamamlar. Fert hukukunu, kamunun (devlet) itibarından hiç bir şey eksiltmeyecek ve varlığını tehlikeye düşürmeyecek şekilde düzenler. Öyle ki kişi gerek hakkını elde ederken gerek tabii isteklerini (mülkiyet izdivaç, emniyet) meşru şekilde tatmin ederken hiç bir engelle karşılaşmaz.

İslam Hukuk ve İktisat sistemine göre dağıtım bu özelliği ile tarih boyunca denenmiş bir çok sistemlerden farklı özelliğe sahiptir.

İslam Hukuk ve İktisat Sistemine göre dağıtım mekanizması iki ana elemandan meydana gelir: Emek ve İhtiyaç.

Bu iki sebep de servette ve dağılımında aktif role sahiptir. Emek ve ihtiyaç unsurlarının servet dağılımındaki rollerini, diğer sistemlerle karşılaştırmalı olarak görelim.

a) Dağıtımda Emek Unsurunun Rolü

Önce emek ve servet arasındaki ilişkiyi gözden geçirelim. İslam Hukuk sisteminde emeğin mülkiyeti elde etmedeki yerini mülkiyetin iktisabı bahsinde incelemiştik. Oradaki bilgiye ilaveten diyeceğiz ki topraktan maden çıkarılır; ağaçtan odun kesilir; inci mercan elde etmek üzere deniz diplerine dalınır; uçan kuşlar ve denizdeki balıklar avlanır. Bütün bunları insanoğlu emek sarfederek yapar. Burada bir soruyu cevaplandırmak, emeğin rolünü belirlememize yardımcı olabilir:

Acaba kişinin elde ettiği bu mala harcanan emek nasıl bir sosyal mahiyet kazanır, emek sahibi ile elde ettiği mal arasında nasıl bir ilişki sözkonusudur? Bu soruya şöyle cevap verilebilir;

Emek, dolayısıyla emek sahibi ile konusu yani elde edilen mal arasında hiçbir ilişki yoktur. Emekçinin emeği nasıl ve ne miktar bir emek olursa olsun, karşılık olarak ihtiyacının tatminden başka hiç bir alacağı yoktur. Çünkü emek, sadece sosyal bir görevdir. Kişi bu ödevi topluma karşı yerine getirmek durumundadır. Bunu yapmıştır. Toplum da onun ihtiyacını karşılamak suretiyle karşılığını ödemiş olur.

aa) Komünist Sistemde Emeğin Dağıtımdaki Yeri

Bu cevap, komünist sistemin benimsediği görüşle birleşir.[36]

Komünizm, toplumu, içinde fertlerin eriyip kaybolduğu bir büyük pota kabul eder. Bu sistemde fertler, organik bir bütünün parçaları gibidir. Fertleri sosyal potada erimiş gören sistemde, artık, fertlerin tek tek yaptığı işler ne görünür ne de dikkate alınır. Çünkü artık fert yoktur; sadece toplum vardır. Böyle olunca emekçinin emeğinin sonuçları ile alakası kalmaz. Toplum, hakiki emekçi ve dolayısıyla bütün fertlerin emeklerinin hakiki maliki olur. Burada artık fertlere "herkesten gücüne göre", "herkese ihtiyacına göre" kuralı[37] gereği, ihtiyaçlarını tatminden başka hiç bir alacak kalmaz.

Komünist sistemde fertler, tıpkı makinayı meydana getiren parçalara (aksam) benzer. Gördüğü iş ne olursa olsun, her parça sarfedilen yağdan payını alır. Bakımı yapılan makinanın, ödevini yapmaktan başka işi kalmaz. Fertlerin durumu da böyle, Gördükleri işin cinsi, önemi, değeri... ne olursa olsun, o gördüğü işe göre değil, ihtiyacına göre pay alacaktır. Kişi iş görür fakat ne emeği ne de emeğinin sonucunda meydana gelen ürünler üzerinde özel bir hak iddia edebilir.

Buna göre, dağıtım konusunda emeğin durumu negatiftir.

Komünist sistemde emek, dağıtım aracı değil, üretim aracıdır. Bu sistemde dağıtım aracı tek başına ihtiyaçtır. Dolayısıyla dağıtımdan kişilerin ellerine geçen, emeklerine göre değil ihtiyaçlarına göre değişecektir.

---

36 Aynı görüş için bkz. Sadr, M. Bakır, age. s. 308-310.

37 Ülken, Yüksel, age. s. 231; Özgüven, Ali, age. s. 100-101; Sadr, M. Bakır, age. s. 308 - 310.

ab) Marxist Sosyalist Sistem'de

Marxist sosyalist sistem, emekle (dolayısıyla emekçi ile) sonuçları (yani elde edilen ürün) arasındaki ilişkiyi, benimsediği değer kavramına göre belirler:

Marxizm'e göre maddede mübadele değeri, emekçinin maddeye harcadığı emekten doğan bir şeydir. Yani maddede değer yaratan emektir.[38] Değer emekten olduğuna göre, her çeşit ürünün dağıtımı emeğe göre olacaktır.

Bu düşünceden "herkese emeğine göre" kuralı çıkar.[39] Emek değerin biricik yaratıcısı olduğuna göre, yegane dağıtım aracı da emek olacaktır. Komünizm'de dağıtım aracı sırf "ihtiyaç" iken, Marxist sosyalizmde yalnız "emek" olmaktadır.[40]

ac) İslam Hukuk ve İktisat Sisteminde

İslam Hukuk ve İktisat sistemi, dağıtım konusunda, komünist sistemden de Marxist sistemden de ayrılır.

Fert ile emeğinin ürünleri arasındaki bağın tamamen koparılarak emekten doğan ürünlerin tamamı hakkında toplumu yegane malik kabul etme hususunda komünist sistemden ayrılır. Zira İslama göre toplum, fert çoğunluğunun oluşturduğu bir topluluktur. Yoksa komünist sistemin kabul ettiği gibi, fertlerin gerisinde, onların davranışlarını düzenleyen esrarengiz bir varlık değildir. Zaten realist bir gözlem, fertlerin, mekanik bir sistemin parçaları gibi merkezi komuta ile değil, bağımsız ve iradi olarak hareket ettiğini ve müstakilen iş gördüğünü derhal tesbit eder. Böyle olunca da emekçinin ürettiği ürünle hiçbir ilişkisi kalmamıştır demek mümkün olmaz.

İslam İktisat sistemi, "maddede mübadele değerini yaratan emektir." görüşünü savunan marxist sosyalist sistemle de bağdaşmaz. Zira odun ve madenler gibi, tabii servetlerin değeri, bu maddelere yönelik sosyal rağbetten doğmaktadır; Emekten değil. Bu böyle olduğu içindir ki Marx, bu nevi tabiat

38 Özgüven, Ali, age. s. 101-102; Eröz, Mehmet, *Marxizm-Leninizm ve Tenkidi,* İstanbul 1976, s. 117 v.d; Sadr, M. Bakır, age. s. 310.

39 Özgüven, Ali, age. s. 101 -102; Sadr. M. Bakır, age. s. 310.

40 Bu kuralın, bu sistemde, sadece tarihin belirli bir devresine ait sayıldığı unutulmamalıdır.

hediyelerini (toprak, maden yatakları, ağaçlar, su kuvveti...) mallardan hariç sayar.

İslam Hukuk ve İktisat Sistemine göre emek, emek sonucu elde edilen ürüne malik olma ve onun mülkiyetini elde etme sebebidir. Emek esasına dayanan bu özel mülkiyet, insanoğlundaki emeğinin ürünlerine sahip olmak isteme eğiliminin bir ifadesidir. Bu meyil her şahsın kendi emeğinin sahibi olduğu anlayışına dayanır. Bu anlayış, tabii olarak, sahibi bulunduğu emeğinin ürünlerine ve kazançlarına da sahip olma meylini telkin edecektir. İşte bu düşünce silsilesi iledir ki emek esasına dayalı özel mülkiyet iktisabı, kişinin asli duygularına dayalı bir hakkı olmaktadır. O derecede ki komünizmin, özel mülkiyetin ortadan kalkacağından söz ettiği toplum düzeninde (komünist düzen) bile insanda tabii meyil halinde mevcut bu emek esasına dayalı özel mülkiyet fikri yok edilememektedir. O düzende sözü edilen özel mülkiyetin kaldırılması, haddi zatında emeğe ortakçı bir karakter giydirmekten ibarettir. Emek ortakçı bir karakter taşıdımı ürünleri de aynı karakteri taşımış olacaktır. Yani yine emeğe dayalı mülkiyet hesabı var, ama özel değil de ortaklaşa. Netice, emeğinin karşılığını elde etme fıtri (tabii) meylin tatmini olduğuna göre emeğin özel veya ortaklaşa oluşuna göre mülkiyetin şeklinin de ferdi veya ortaklaşa olması, işin mahiyetini değiştirmez.

Emek-Mülkiyet ilişkilerini şöylece özetleyebiliriz:

1- Komünist prensip: Emek, toplumun maddeyi temellük sebebidir, emekçinin temellük sebebi değildir.

2- Marxist Sosyalist prensip: Emek, maddenin değer sebebidir. Dolayısıyla emekçinin, maddeyi temellük sebebidir.

3- İslami Prensip: Emek, emek sahibinin maddeyi temellük sebebidir. Maddenin yegane değer sebebi değil.

b) Dağıtımda İhtiyacın Rolü

Mülkiyetin elde edilmesinin temel prensibi olması itibariyle emek, İslam Hukuk ve İktisat sisteminde dağıtım mekanizmasının en önemli elemanıdır. Tevzi mekanizmasının diğer elemanı ise ihtiyaçtır. Emek ve ihtiyacın bu sahada taşıdıkları ortak rol, İslam toplumunda tevzi tarzının genel karakterini belirler.

Burada M. Bakır Sadr'ın emek - ihtiyaç İkilisinin, dağıtımdaki rolünü anlatan bir tasnifini sunacağız.[41]

Bir toplumdaki fertler üç grupta mütalaa edilebilir:

1- Aklı başında, gücü-kuvveti yerinde, becerikli ve geçimini fazlasıyla sağlayan insanların teşkil ettiği grup. (Varlıklı İnsanlar Grubu)

2- Aklı başında, gücü - kuvveti yerinde, fakat ancak kıt-kanaat geçimini sağlayabilecek kadar kazanç elde edebilen insanların meydana getirdiği grup. (Dar gelirli insanlar grubu)

3- Ya bedeni bir yetersizlik yahut akli bir arıza ve benzeri sebeplerle çalışmaktan aciz insanların oluşturduğu grup (Düşkün ve yoksul insanlar grubu).

İslam İktisat esasına göre birinci grup, tevziden nasibini, emeğine göre alacaktır.[42] Zira emek tevzide en önemli unsur ve mülk edinmenin baş sebebidir. Bu gruba giren fertler özel imkan ve kabiliyetlerine uygun olarak yaptıkları çalışmaya göre tevziden payını alır. Bu kazancı, ihtiyacından fazla olsa da alır. Yeter ki tuttuğu iş İslam Hukuk ve İktisat Sisteminin koyduğu meşruiyet sınırları dahilinde olsun. İhtiyaç fazlası olarak elinde biriken fazlalık belli bir miktara (nisab)[43] vardı mı, elindeki servetin cinsine ve elde ediliş yollarına göre nisbetleri değişen oranda vergi mükellefi olur. Bu gruba giren insanlar hakkında ihtiyaç unsuru tevzide rol sahibi değildir.[44]

Birinci grup tevziden nasibini sırf emek unsuruna dayalı olarak alırken, çalışmaktan ve geçimini sağlamaktan aciz olan üçüncü grup, tevziden nasibini, tam aksine, sırf ihtiyacına göre alacaklardır.

Elde ettiği kazancı ile ancak kıt - kanaat geçinebilen ikinci gruba gelince, bunlar tevziden nasiplerini bir taraftan emeklerine göre, diğer taraftan ihtiyaçlarına göre alacaklardır. Önce az-çok ne kazanmışlarsa onu alacaklar,

41 Sadr, M. Bakır, age. s. 315.

42 Bkz. Mülkiyetin Kazanılan Yolları, bölümü.

43 Nisab terimi için Mülkiyetin Ödevleri bahsine bkz. s. 260 vd.

44 *"Sadakalar ancak şunlar içindir: Fukara, mesâkin, onun üzerine memur olanlar, müellefe-i kulub, rakabalar hakkında borçlular, Allah yolundakiler yolda kalmışlar."* (Tevbe Sûresi, 60).

sonra da genel refahtan ve sosyal yardımlardan ihtiyaçlarına göre paylarını alacaklardır.[45]

Bu tasnifte emek ve ihtiyacın tevzide nasıl ayrı ayrı veya müştereken rol aldıklarını açık bir şekilde görüyoruz.

Şimdi ihtiyaç unsurunun tevzideki rolünü inceleyebiliriz:

ba) İslama ve Komünizme Göre İhtiyaç

"Herkesten gücüne göre, herkese ihtiyacına göre"[46] prensibiyle hareket eden komünist sistemde ihtiyaç dağıtımda yegane ölçüdür. Buna göre emekçiye ihtiyacından fazla bir şey edinme imkanı sağlamaz. Gördüğü iş mikdar, mahiyet ve ehemmiyet bakımından ne olursa olsun, dağıtımda sadece ihtiyacı kadar pay alabilir. (İhtiyaç olarak da sadece biyolojik hayatı sürdürmeye yarayacak ihtiyaçlar kasdedilmekte olup manevi, ahlakı ve bedi'i ihtiyaçları; iyilik etme, ikramda bulunma, zevkine göre yuva ve ev eşyası edinme vs.nin hesapta olmadığı malumdur).

Buna göre komünist sistemde emeğin dağıtım konusundaki durumu negatiftir. İslamiyet ise tevzide, yerine göre emeğe de ihtiyaca da yer vermektedir. Hak ettiği yerde emeğe ihtiyaçtan fazla da olsa hakkını verdiğinden, fertlerin meşru zevklerine uygun ihtiyaçlarını tatmin etmesi yanında iktisat alanında da bütün imkan ve kabiliyetler tam kapasite ile ve gönüllü olarak devreye sokulmaktadır.

Tevzide sadece emekçinin ihtiyacını dikkate alan, onun emeğini değerlendirmeyen komünist sistem, emekleri değerlendirilmeyen fertlerin, gönüllü olarak devreye sokulamayan kabiliyet güçleri sebebiyle çok zaruri olan bu avantajdan iktisat hayatını mahrum etmekte, bu yüzden insanlar, bir çok nimetlerden mahrum yaşamaya mahkum edilmektedir.

---

45 "Bir kimse muhtaçsa, çalışma gücünde olsa da ona zekattan ödeme yapılabilir." İbn'ul-Humam, *Feth'ul-Kadir,* II, 259; *Kitâbu'l-Fıkh' ale'l-Mezâbih'il-Erba'a,* 1, 501-507) Bu konuda bütün fıkıh mezhepleri müttefiktir. Ayrıca sadaka (zekat) toplama memurlarının, zengin de olsalar, ihtiyaç unsuruna olmasa da emek unsuruna göre ücret alacakları; fakir olan memurların ise zekat mallarından hem fakirlik (ihtiyaç) hem de amel (emek) unsurlarına göre pay alacakları tasrih edilmektedir. Bkz. *Kitâbu'l-Fıkh*, I, 504.

46 Ülken, Yüksel, age. S. 231; Özgüven, Ali, age. s. 100-101; Sakr, M. Ahmed, ag. tebliğ, s. 2; Sadr, M. Bakır, age. s. II, 308.

bb) İslama ve Marxizme Göre İhtiyaç

"Herkese emeğine göre" prensibinden hareket eden marxist sosyalizm, dağıtımda sadece emeğe hak tanımaktadır. Her emekçi emeğinin ürününü alacaktır; az veya çok. Emeğin karşılığı kazanç, emekçinin ihtiyacından fazla olsa da alacaktır. Yukarıda emek - servet ilişkisinde gördüğümüz gibi marxizmin bu prensibi emek-değer anlayışının bir sonucudur. Dağıtımda sadece emeğe yer veren, ihtiyaca hiç yer vermeyen bu sistem teorik olarak:

1- Kişiler arasında emek farklılığına bağlı sınırsız servet farklılığını kabul etmektedir.

2- Üretim faaliyetine katıldığı halde, ihtiyaçlarına yetecek kadar kazanç sağlayamayan kimsenin genel refahtan pay almasına imkan tanımamaktadır.

3- Üretim faaliyetine katılamayan düşkünlere, muhtaçlara servetten pay ayırmamaktadır. Çalışamayan yaşlıların sabun fabrikalarına sevkedildiklerine dair iddia ve propagandaları tekrar edecek değiliz ama, sisteminde merhamete ve yardımlaşmaya götürecek ahlaki duygulara yer vermediğine göre, nazari olarak durum budur.

Buna mukabil İslamiyet, tevzide, emeğin yanısıra ihtiyaca da pozitif bir yer vermektedir. İslami sistemde ihtiyaç sahibi, ister çalıştığı halde yeterince kazanç sağlayamayan dar gelirli olsun, ister çalışmaktan aciz bir güçsüz olsun, tevziden ihtiyacına göre pay alacaktır. Bizzat ihtiyaç, tevzide rol sahibi aktif bir elemandır:

"*Onların mallarında, sail ve mahrumun bir hakkı (belli bir payı) vardır*".[47]

bc) İslama ve Kapitalizme Göre İhtiyaç

Kapitalist sistem, tevzide ihtiyaç unsuru konusunda İslami sistem ile taban tabana zıt bir mahiyet gösterir. Kapitalist sistemde ihtiyaç; tevzi konusunda pozitif bir eleman değil; negatif bir elemandır. Yani ihtiyaç ne kadar çok olursa, tevziden pay alma oranı o kadar düşer. Kapitalist sistemin bu konudaki tavrını, emeğe bakış tarzı belirler. Kapitalist sistemde emek, arz ve talebe konu olan ve arz ve talep kanunlarına tabi bir piyasa malıdır. İşçi, piyasaya emek arzeden, işveren de piyasadan emek talep eden olarak telakki

47 Zâriyât Sûresi, 19; Ma'âric, Sûresi, 25.

olunur. Piyasaya sürülen mal, alıcıya nisbetle ne kadar çok olursa o nisbette ucuzlayacağı gibi, iş arayanlar sayısı ne kadar çok olursa, piyasaya arzedilen emek o nisbette çok olacağından, emeğin değeri o nisbette ucuzlar. Yani, emek, alış-verişe; temlik ve temellüke konu olmaktadır. İşçi emeğini piyasa fiyatıyla satmakta; işveren satın aldığı emeğe malik olmaktadır. Satın aldığı emeğin değerini ise piyasa fiyatına göre ücret olarak ödemektedir.

Bunun ihtiyaç açısından değerlendirmesi şudur: İhtiyaç ne kadar çok olursa, tevzide ihtiyaç sahibine düşecek pay, o kadar az; ihtiyaç ne kadar az olursa, tevziden düşecek pay o kadar çok olacaktır. Piyasaya emek arzedemeyen düşkünün durumu ise hiç hesaba katılmamaktadır.

İslami sistemde ise, her şeyden önce, üretimde manevi bir unsur olan emek, alım - satım; temlik - temellük konusu olmaz.

İkinci olarak herkes çalışmak mecburiyetindedir. Çalışana mutlaka bir ad takmak gerekirse, herkes "işçi"dir. Bir iş arz ve talebi söz konusu ise, işçisi işvereni ile bütün insanlar iş talebi mevkiindedir. İş arzı toplumdan gelir. Bu konuyu ele alan İslam İktisadı Profesörü Dr. İsa Abduh, gayet orijinal açıklamalarda bulunmaktadır.[48]

İslam iktisat sisteminde bazı prensipler vardır ki, araştırmacılar, bildiğim kadarıyla henüz onların farkında olmamıştır. Bunu söylerken bize yakın ve çağdaşımız araştırmacıları kasdettiğimi belirtmeliyim. Yoksa "selefi salih", bunların farkında da olmuş; açık veya zımni olarak dile de getirmişlerdir. Yine hemen kaydedeyim: Bana öyle geliyor ki, geçmiş alimlerimizin eserlerinde görünmeyen bir hüküm varsa o haddi zatında olmadığından değil, görebildiklerim sınırlı olduğu için, yani göremediğim için "yok" görünüyor. Yüce Mevladan dileğim, daha güçlü, daha sabırlı ve daha başarılı araştırmacılar lutfeylemesidir.

Sözünü ettiği prensiplerin öyle bir tebliğde, bir makalede veya konferansta şöyle bir temas edilip geçilmeyecek cinsten çok önemli prensipler olduğuna işaret ettikten sonra konumuzla ilgili bir hususa temas ediyor: Arzu'l-Amel (labour supply).

48 Abduh, İsa, ag. tebliğ, s. 25 vd.

Arzu'l-Amel (iş arzı, emek arzı)'nın "işçi"den geldiğinde, bütün iktisat yazarları arasında icma (sözbirliği) vardır. Buradaki "işçi" terimi, bugün, "işveren" terimi ile yanyana kullanılan ve "özel sözleşmeli hizmet adamı" anlamına gelmektedir. Yani belirli zamanını ve işini bir işverene tahsis eden kişi. Kısaca piyasada bugün anladığımız anlamda "işçi". Burada işçinin vasıflı veya vasıfsız; tecrübeli veya acemi olması arasında fark yoktur. Talebu'l-Amel (labour demand): İş talebi ise işverenden gelir. Nadir bazı istisnalar bir yana bırakılırsa, bütün iktisat sistemlerinde ve bütün kaynaklarda durum budur. O nadir istisnalara biraz sonra işaret edilecektir. Yanı iş arzı işçiden, iş talebi işverenden gelir. Buna biz emek arzı ve emek talebi dersek konuya biraz daha açıklık kazandırmış oluruz.

İslam İktisat sistemi ise tam bunun aksi bir görüşe sahiptir. İslam İktisat sistemine göre iş talebi, tuttuğu iş ne cinsten ve hangi seviyede bir iş olursa olsun, çalışıp didinen bütün üreticilerden gelir. Yani ister ham madde üreticisi amele; ister mamul madde üreticisi müteşebbis olsun. Her çalışan talebu'l-Amel (labour demand) mevkiindedir. Herkes işçidir; herkes iş peşindedir. İş arzı ise, 'ulül-emrin (Devlet) umumi gözetim ve sorumluluğu altında toplumdan gelir. Yani iş imkan ve fırsatı, 'ulul-emrin (yani devletin) garantisi altındaki güvenlik çerçevesinde sağlanır. 'Ulül-emir bu zorunlu ödevi gücü yeten ve isteyen herkesin faydalanabileceği bu zorunlu imkan ve fırsat eşitliği ödevini, yerine getirecek ölçüde iktisat hayatına müdahale eder; bu sahada düzenlemelere gider.

Bunun böyle olduğunun delili Kur'an-ı Kerim'de Tâhâ Sûresi'nin âyetleri içinde geçen "**fe teşka**" ifadesidir. Âyetlerin mealleri şöyledir:

"*Biz bundan evvel Adem'e "ahd" verdik de unuttu ve onda bir azim bulamadık... Adem, dedik, bu (şeytan) senin ve eşinin düşmanıdır. Sakın sizi Cennetten çıkarmasın, sonra "şeka" ya düçar olursun. Orada (Cennette) sana ne acıkma ne çıplak kalma var. Ve sen orada susamazsın ve güneşte yanmaz (açıkta kalmaz) sın*. (Tâhâ, 115-119).

Bu ayetlerde iktisad esaslarına ait pek çok şey var. Biz sadece yukarıda işaret ettiğimiz bir tek nokta üzerinde duracağız: "**fe teşka**".

Bu kelimenin ifade ettiği "şeka" bedene ait şekavettir; nefsi mutmainneye ait kişinin manevi yapısını, benliğini ilgilendiren şekavet değildir. Bu farkı, müteakip ayetlerde gelen:

"*Buyurdu ki ininiz de oradan hepiniz, bazınız bazınıza düşman olarak, sonra ne zaman size benden bir hidayetçi gelir de her kim hidayetçime uyarsa, işte o dalalete düşmez (şekaya düçar olmaz)*. ifadesinde açıkça tesbit ediyoruz.

"*Her kim hidayetçime uyarsa şekaya düçar olmaz*." Üzerinde durduğumuz ayette ise: "*sakın sizi cennetten çıkarmasın sonra şekaya düçar olursun*." Belli ki Cennetten çıkıp dünyaya gelen herkes için üzerinde durduğumuz manada "şeka" mutlak, müteakib ayette bildirilen şeka ise mukayyeddir. Mutlak olan ve herkese şamil olan "şeka" dünyaya gelen herkes için kaçınılmaz olan bedeni "şeka" (yorgunluk); mukayyed olan ve bazı kimselerin düçar olacağı "şeka" ise "hidayetçiye" uymayanların "şeka"sı (şekaveti) dir.

Görüldüğü gibi ikinci şeka (şekavet) dalaletin yanında yer almaktadır. Hiç şüphesiz burada, nefse ait manevi şekavet ile iktisadi maddeciliğe batmak anlamındaki bedeni yani maddi şekaveti bütün bütün birbirinden ayrı ve farklı şeyler olarak gösterme gayretinde değiliz. Bu yanlış olur. Ancak, burada şimdilik, bu münasebet üzerinde sadece durmuyoruz, o kadar ki iş (amel) den ibaret bedeni şekaya eğilebilelim.

Meşhur kaynaklarda iktisatçılar "iş"i şöyle tarif ederler;

"İş (amel), menfaat yaratmak amacıyla harcanan zihin veya adale faaliyetidir." Eğer tarifte "yaratma" sözcüğü yer almasa, tarif olduğu gibi benimsenebilir. Fakat biz diyoruz ki iş, aslında saklı olan bilfiil veya bil kuvve mevcut olan faydayı ihtiyacı tatmin edecek biçimde veya daha aşağı bir düzeyde açığa çıkarır. Buna göre işten işe derece farkları bulunur ama hiç bir zaman "fayda"yı (menfaat) yaratıcı olamaz. Yine diyoruz ki, "iş" insan kişiliğinin derinliğinden kaynaklanan ve insanı hayatın çeşitli geçitlerinden geçmeye iten bir hayat fenomenidir. O halde "iş", iktisadi amaca yönelik bir zihin veya adale veya her ikisinin birden faaliyetidir. Nitekim Sharl Rist, Sharl Gid ile birlikte kaleme aldığı eserinin 6. baskısında bu inceliği yakalamış görünüyor. Bir farkla ki, şekayı bedeniyi iki sözcükle ifade etmiştir: "toil" ve "curse". Ona göre iş'le bedeni faaliyet ve yorgunluk gerçekte rahmettir. Zira rızık peşinde koşmaktan ibaret olan "meşgale" olmasa "boş durma" adamı öldürürdü. Büyük

Fransız iktisatçısı Sharl Rist'in bu görüşü, onun kaleminden, ömrünün sonlarına doğru, ilmi olgunluk çağında dökülmüştür. Ne var ki, "ahd-i kadim"in tefsirinin etkisi altındadır ve kaleminden The curse of toil (la'netü'l-Amel) olarak dökülmesinin asıl sebebi budur. Yoksa hakikatte işin ne olup ne olmadığı gerçeğini kavradığı yukarıdaki ifadesinden anlaşılıyor.

Kur'an-ı Kerim'e müracaat ettiğimiz zaman ise görüyoruz ki, işi tarif eden kelime, "*fe teşka*"nın ifade ettiği "şeka" (bedeni yorgunluk)dan ibarettir. Tarifte ne ifrat ne de tefrit vardır. Kur'an-ı Kerim'in nasıl icaz ve belagatle ifade ettiğini uzun uzun izaha gerek duymuyorum.

Bu sebepledir ki, geçimini sağlama yolunda yorgunluk, "çalışma" (şeka-yı bedeni) insanoğlunun hayatında bir fıtrat, bir tabiat veya bütün insanları pençesine alan bir kanun olmuştur. Tutup bu gayet tabii ve açık, doğru yoldan çıkarak ve mesela "iş, emek, çalışmak... haktır; iş farzdır; iş, salih cihaddır..." diye iş, emek edebiyatı yapmak bize göre doğru değildir. Evet, bu sözlerin her biri işin bir yönünü dile getiren ve fakat birçok yönlerini ele almayan bazı tarifimsi ifadelerdir.

Özetlersek; Hiçbirimiz, geçimini sağlama yolunda çalışıp yorulma hususunda muhtar (serbest) değiliz. İnsan, geçimini sağlama yolunda çalışıp yorulmakla, Allah'ın emrine ve kendi kaderine boyun eğmekten başka bir iş yapmış olmamaktadır. O halde bedenen yorulmak, (şeka-yı bedeni), Hz. Adem'e de kıyamete kadar gelecek evladına da ayrılmaz bir arkadaş olmuştur. Peygamberler de bunun dışında kalmamıştır. Çünkü bu genel bir hüküm (prensip, kanun) dur. Başa gelen "şeka"yı bedeni ise şu anda üzerinde durduğumuz "geçimini kazanma" yolunda çalışma ve yorulmadır.

Yüce Allah Adem'e sesleniyor: "*Eğer o sizi Cennetten çıkarırsa, şeka'ya düçar olursun*" diye. Bu yorgunluğun da *açlık, çıplaklık, susuzluk ve güneş altında yanma* (açıkta kalma) dan ibaret, hayati ihtiyaçlarını tatmin uğrunda "*yorulmak*" olacağını tenbih ediyor; fakat Adem unutuyor: "... *Unuttu ve onda bir azim bulamadık*". Cennetten çıkarılan Adem'e "şeka" hak oluyor. Bu Allah'ın kaderidir. İnsanoğlunun davranışına tıpa tıp uygun karşılıktır. Nitekim gökler ve yerde onun ezeli kanununa uymaktadır:"... *İsteyerek geldik, emrine uyduk, boyun eğdik*" (Fussilet, 11). Buradan hareketle şunu söyleyebiliriz:

"Talebulamel (labourdemand) hakkında doğru teşhis, onun, çalışandan (âmilden, işçiden) gelmekte olduğudur. Buradan da şuraya varıyoruz: "Genel ve özel kurum ve yetkileri ile toplum, "iş" e ait bazı imkan ve fırsatları, herkese şamil bir güvenlik altına alma vazife ve sorumluluğundadır. Bu sebeple de arzulamel (labour supply), toplumdan gelmektedir; gelmelidir; işçiden değil.

Görüyoruz ki Lord Beveridge, sosyal güvenlik ve sosyal sigorta kurumlarını tarif ederken, bu noktayı bir ölçüde yakalamış bulunmaktadır. Diyor ki: "Devlet, çalışmak isteyen herkese yeterince iş, fırsat ve imkanını fazlasıyla hazırlamalıdır." "Fazla" dan maksadı da olağanüstü durumlarda, iş kolunu değiştirmek isteyen müteşebbislerin yeni duruma birden uyum sağlayamamalarından ileri gelen "yeter kazanç sağlayamama" durumlarında bir emniyet sübabı vazifesi görecek bir tedbirdir".[49]

Görüldüğü gibi İslam İktisat sisteminde bir "çalışan" ve bir "hazır yiyen" diye ayrı insan sınıflarına yer yoktur. Sistem, yanlış veya doğru, böyle bir imajın doğmasına meydan vermemekte; her insanın bu dünyada çalışma durumunda olduğunu anlatmaktadır. Uygulamasını da ona göre düzenlemektedir.

Emek, iş piyasasına sürülmüş, arz ve talep kanunlarına tabi bir meta değildir. Üretimde manevi unsurdur. Karşılığı, devletin, istismarları önleyici, ayrıca müslüman fertlerin vicdanlarında yer eden "hakkaniyet" üzere düzenlemeler çerçevesinde, serbest sözleşmeye "icare akdi" göre ödenir, alınır, satılır."

Üstad Abduh'tan olduğu gibi aktardığımız yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde İslami açıdan bakıldığında görülür ki: Bu dünyaya gelen, hayati ihtiyaçlarını sağlamak için çalışmak mecburiyetindedir. Kapitalist sistemde "işveren" yani patron sıfatının yarattığı "çalışmayan adam" imajına mukabil İslami sistemde, Devlet başkanından kapıcısına; en büyük müteşebbisten sıradan gündelikçiye kadar herkes çalışan kişidir..." "Amil"[50] İslam'a göre çalışmak, çalışarak hayatını kazanmak, insan oğlu için bir görev olduğu kadar aynı zamanda mukadderat meselesidir. Kader'dir; alın yazısı'dır. Şeytanın tuzağına karşı uyarılırken Hz. Adem'e Cennette kalmanın avantajları şöyle bildirilmiştir: "*...Çünkü senin acıkmaman, çıplak kalmaman oradadır. Ve sen orada susamazsın ve güneşte yanmazsın*." Cennetten çıkarılıp bu avantajları kaybettiği takdir-

49 "1" numaralı dipnotta adı geçen tebliğ, s. 303.

50 Tevbe, 60. âyetinde, zekât toplama memurlarına âmil denmektedir.

de ise "...*şeka'ya düçar olursun*" diye uyarılmıştı. Ayette geçen ve şeka'ya düçar olursun diye tercüme ettiğimiz "feteşka" kelimesinin ifade ettiği şekavet ise uhrevi manevi bir şekavet değil Dünyevi maddi bir şekavettir; bedenen yorgunluğa düşmedir. Yani yasak ağacın meyvesini yediği için Cennetten kovulan insanoğlu, cennette sahip olduğu hazır nimetleri "hayat için zaruri olan ihtiyaç maddelerini" dünyada hazır olarak bulamayacak; onları elde etmek için çalışmak, yorulmak mecburiyetinde kalacaktır. Dünyaya gelen insanın hayatını çalışıp yorularak yani "şekaveti bedeniye" ile elde etmesi mukadderdir. İnsan için, dünyada çalışmamak, yorulmamak yoktur. Ama çok ama az; ama iyi ama kötü; ama ter dökerek ama yüzsuyu dökerek; ama meşru ama gayrimeşru yollarla ... geçimini talep (arama) durumundadır. Yani arz ve talep kanunlarına göre değerlendirirsek arz ve talep piyasasında insan, insan olarak daima talep yani demand cephesindedir. İhtiyaç maddelerini açlığa, çıplaklığa, susuzluğa ve açıkta kalmaya karşı muhtaç olduğu, yiyecek, içecek ve barınağı temine uğraşacaktır.

Netice olarak:

Emeğe, değerin yaratıcısı gözü ile bakan marxist sosyalizm'de ve emeğe arz ve talep kanunlarına tabi bir piyasa malı olarak bakan kapitalizm'de dağıtım açısından "ihtiyaç"ın durumu negatif iken, İslam İktisat sisteminde ihtiyaç, diğer faktörlerle bir bağlantı içinde olmaksızın, doğrudan doğruya ve başlı başına pozitif bir unsurdur.

Müslümanlar, dini mükellefiyetleri olan, -Fitre ve zekat gibi- mali ibadet ve teşvik edildikleri sadaka ve hayrî yardım faaliyetleri halinde -akrabalık ve çevre olarak- maddi manevi en yakınlarından itibaren, durumlarından haberdar oldukları müslüman gayrimüslim bütün insanların ihtiyaçları ile ilgilenirken; toplum (Devet) da beytülmaldaki "sadaka", "fey", "ganimet gelirlerinin beşte biri", "yer üstü ve yeraltı kaynaklardan sağlanan gelirler" ve "sair vergilerden" oluşan devlet gelirlerinin sarf mahalleri olarak "ihtiyaç sahiplerinin" ihtiyacını karşılamayı üstlenmektedir.

"*Bir kimse ölünce mal bırakmışsa, bıraktığı mal varislerinindir. Şayet borç veya bakıma muhtaç aile efradı bırakırsa, borcu da aile efradının geçimi de bana (devlete) aittir*". (bkz. not 249, s. 214).

c) Dağıtımda Mülkiyet Unsuru

ca) Genel Olarak

İslamiyet insandaki "emeğinin ürününü temellük etme" tabii meyline uygun olarak emeği mülkiyet sebebi, dolayısıyla "dağıtımın en önemli bir unsuru" kabul edince bundan iki sonuç ortaya çıkar: 1) Özel Mülkiyet Hakkını tanımak; 2) Özel Mülkiyet Alanını sınırlamak. İzah edelim:

1- Emek mülkiyetin baş sebebi kabul edilince, çalışan kimse emek vererek ürettiği ve mal haline getirdiği "ekim", "dokuma" ve benzeri ürün ve eşyaya tabii olarak malik olacaktır: "Çalışanın, ürettiği mallara temellük etmesi, insanda mevcut fıtri meylin bir ifadesidir" derken, anlatılmak istenen şudur: "İnsanda, kendi emeği ile meydana getirdiği ürünler üzerinde "sırf kendisine ait kılma" (ihtisas) meyli vardır. Yani insan ister ki kendi eliyle yaptığı veya yetiştirdiği şeyler, başkasının değil, sırf kendisinin olsun. Başkaları ona karışmasın. İşte bu isteğin ve eğilimin sosyal ifadesi, "temellük" (mülk edinme, mülkiyet) olmaktadır.

Emeğinin ürününü temellük etmek tabii meylin bir ifadesi olduğu halde, temellük edilen eşya üzerinde tasarruf hakları, tabii meyle terk edilmemiştir. Bu hakları, "kendine has değerler" ve benimsediği "yararlar" çerçevesinde, İslam sosyal nizamı belirler. Mesela bir emek sahibi, emeği ile elde ettiği bir malı kendi özel malı (mülkü) olması itibariyle döküp saçma hakkına sahip midir? Malını bir başka mal ile değiştirebilir mi? Malını sermaye yaparak "kar" veya "faiz" esasına dayalı bir ticaretle çoğaltma yoluna gidebilir mi? Bu ve benzeri soruların cevabını, kişilerin fıtri meyilleri ile zevkleri değil, özel mülkiyetin sınırlarını belirleyen sosyal sistem tayin eder.

İşte bu sebepledir ki, İslamiyet, bu ve benzeri tasarruflara müdahale etmiş; benimsediği "model" ve "değerler"e uygun olarak bunlardan bir kısmını kabul ederken bir kısmını reddetmiştir. Mesela malikin, malını saçıp savurmasını (tebzir) ve harcarken ihtiyaçtan fazla sarf etmesini (israf) menetmiş, tebzirde bulunmamak ve israfa vardırmamak şartı ile malından faydalanma hakkı tanımıştır.

Keza, malikin sahip olduğu malını, faiz yoluyla artırmasını reddederken, malını özel şart ve sınırlar çerçevesinde ve dağıtımdaki genel prensiplerin ışığında ticaret yolu ile artırmasına müsaade etmiştir.

2- "Emek mülkiyetin sebebidir" kaidesi aynı zamanda özel mülkiyet alanının sınırını belirtmiş olmaktadır. Emek, özel mülkiyetin temel prensibi olunca özel mülkiyet konularının da "meydana getirilmesinde emeğin rol sahibi olduğu mallar" çerçevesinde kalması, "meydana gelmesinde emeğin hiç bir rolünün bulunmadığı mallar" alanına taşmaması gerekecektir. Bu prensibe göre meydana gelişleri ve elde edilişleri itibariyle mallar, "özel servet" ve "kamu serveti" diye ikiye ayrılmış olur.

a) Özel servetler: Bunlar, üzerinde harcanan emekle meydana gelen yararlanılacak duruma getirilen mallardır. Hububat, dokuma ve benzeri şeyler ile yer altından veya denizden çıkarılan şeyler gibi... Bunlarda insan emeğinin rolü vardır. Şöyle ki bunlarda emek, ya zira'i üründe ziraatçinin emeği gibi doğrudan malın meydana gelmesinde rol sahibidir; yahut tabiatta dağınık halde bulunan kuvvetlerden elektrik enerjisi elde etmekte ve yer altından su çıkarmakta, denizden balık tutmakta olduğu gibi belli bir mahiyet kazandırıp da yararlanabilecek bir hale getirmekte rol sahibidir. Elektrik enerjisi olsun çıkarılan su veya petrol olsun, bunlar, insan emeğinin meydana getirdiği şeyler değildir. İnsan emeği bunlara sadece "belli bir keyfiyet" kazandırmış, "yararlanılabilir" bir duruma getirmiştir. İşte insan emeğinin rol sahibi olduğu bu servetler, İslam'da özel mülkiyet alanını, yani özel mülkiyet hakkının tanındığı çerçeveyi belirler. Zira emek mülkiyetin temelidir. Bu mallarda emek unsuru mevcut olduğuna, yani bu mallara emek katıldığına göre emeğin sahibi yani çalışan bunlara malik olmalı ve "yararlanma", "ticaret yapma" ve benzeri yollarla "temellük haklarını" kullanmalıdır.

b) Kamu servetine gelince, onlar, toprak, (ard, arazi) gibi meydana gelmesinde insan emeğinin bir rolünün bulunmadığı servetlerdir. Zira toprak, insan emeği ile meydana gelmiş olmayan bir servettir. İnsanoğlu her ne kadar tarıma elverişli hale getirmek üzere bazan toprağa emek sarf (ihya) ederse de bu katkının ömrü, ne kadar uzun kabul edilirse edilsin, yerin ömrüne göre sınırlıdır. Zira toprağın ömrü daha uzundur. Böyle olunca, toprağı imar faaliyeti, her hal-u karda belli bir zaman dilimi için geçerli bir faaliyettir. "Toprak" bu durumda "madenler"le yer altında saklı diğer "tabii" servetlerin "rakaba" mülkiyetine benzer. Bilindiği gibi yeraltında mevcut madenler oluşumlarında insan emeğine muhtaç değildir. İnsan emeği sadece, bunların kazılıp çıkarılmasında ve diğer maddelerin ayıklanmasında (tasfiye) rol sahibidir. İşte

bu kamu servetleri, tabiatı gereği, hiçbir ferdin özel mülkü olamaz. Zira özel mülkiyetin temel (iktisap) prensibi "emek"tir. Özel emek katılmış olmayan servetler ise, ya kamu mülkiyetine konu olacak yahut bütün insanların faydalandığı serbest (mubah) mallar olarak kalacaktır. Mesela toprak, -insan emeğinin dahlinin bulunmadığı bir servet olarak- özel mülkiyete konu olmayacaktır. Toprağı ihya ve tarıma elverişli duruma getirme istikametinde harcanan emek, - toprağın ömrüne oranla daha kısa ve sınırlı bir biçimlendirme ameliyesi olduğuna göre - toprağın özel mülkiyet alanına girmesine sebep olmayacaktır. Sadece, emek sahibine "emek verip ihya ettiği" veya "tarıma elverişli duruma getirdiği" toprak üzerinde bir yararlanma "intifa" hakkı ile başkalarının o yere sokulmalarını önleme (meni müdahale) hakkı bahşedecektir; çünkü o, toprağa harcadığı emeğinden dolayı öncelik (ayrılacalık, imtiyaz) hakkına sahiptir. Şurası açıktır ki, çalışıp yorulan kimse ile çalışmayan, dolayısıyla yorulmayan kimseyi bir tutmak haksızlık olur. Bu yüzdendir ki toprağı "ihya" faaliyeti, sahibine "temellük hakkı" değil ama bir imtiyaz tanır. Bu öncelik ve imtiyaz hakkı ise, toprak emeğin verdiği şekli koruduğu, yani toprak işlendiği sürece devam eder. Toprağı işlemeyip terk etti mi bu hakkı da düşer. Böylece şu genel kaide ortaya çıkar: Özel mülkiyet, sadece -meydana gelmesinde veya yararlanılabilecek duruma getirilmesinde- insan emeğinin katıldığı mallarda söz konusudur; insan emeğinin katılmadığı tabii servetler, özel mülkiyete konu olmaz; Zira özel mülkiyetin temel iktisap prensibi "emek" tir. Bir mal ki insan emeğinin mahsulü değildir, özel mülkiyete konu olmaz.

Genel kaide böyle olmakla beraber, ikinci bölümde "toprak mülkiyetinin iktisabı" bahsinde belirtildiği gibi, maslahat gereği olmak üzere kaidenin bazı istisnaları olacaktır. Mesela, sulh yolu ile fethedilen ülkede, toprak üzerinde özel mülkiyet cari ise ve "herkesin malı kendisinin olacaktır" diye bir madde andlaşma şartları arasında kabul edilmişse, "müslüman olmak kişiyi haklardan mahrum etmez" prensibinin de bir gereği olarak, o ülke toprağındaki özel mülkiyeti İslamiyet, bir istisna olarak kabul eder. Bunda ittifak vardır. Ayrıca; aynı gerekçe ile.

1- Toprak üzerinde özel mülkiyet hakkının cari olduğu bir ülke halkı kendiliğinden İslamiyeti kabul etmişse (Medine ve Endonezya halkı gibi) o ülke toprakları da sahiplerinin özel mülkü olmakta devam eder.

2- İslam ülkesine fetih yolu ile katılan toprakların ganimet malları gibi dağıtıma konu edilmesi mes'elesinin tartışmalı olduğunu görmüştük. -Tartışmalı da olsa nazari olarak mümkün olduğu halde tatbikatta hemen hiç dağıtılmamış olmakla beraber- dağıtıldığı takdirde bunun, rakabe mülkiyeti mi yoksa istiğlal mülkiyeti mi ifade edeceği mes'elesi en azından sarih değildir.

3- Meskun mahallerdeki (şehir, kasaba, köy) hanelere mahsus yerler de kaidenin istisnası olarak rakabası ile özel mülkiyete konu olur.

4- Mevat arazinin ihyası ile ikta'ın rakaba mülkiyeti ifade edip etmediği en azından tartışmalıdır.[51]

Yerinde geçtiği gibi[52] tekrar belirtelim ki İslam Hukuk Sistemine göre arazi üzerinde rakaba mülkiyeti ile istiğlal mülkiyeti arasında, pratikte, çok önemli fark yoktur. Toprağın sahibi ister rakabasına ister istiğlali de içeren intifa mülkiyetine sahip olsun:

a) Toprak, sahibinin elinden haksız olarak alınamaz,

b) Toprak, ama öşür ama harac, mutlaka bir vergiye tabi olur.

c) Alım-satım ve miras veya intikale konu olur. Alım-satıma konu olması rakabe mülkiyetinin delili sayılmamalıdır.[53]

Esasen İslam tarihi boyunca yapılan tatbikat göstermiştir ki toprak, pek az istisnalar hariç, rakaba olarak özel mülkiyete konu edilmemiştir. Şeyhülislam Ebu's-Su'ûd Efendinin, Osmanlı İmparatorluğunda "mirî" arazi rejiminin temelini teşkil eden fetvası bunun delilidir.[54] Bu itibarla, toprağın rakabe mülkiyeti ile ilgili tartışmalar, daha çok nazaridir.

Şunu da belirtelim ki, büyük bir ekseriyetle toprağın rakabe olarak özel mülkiyete konu edilmemesi, çok önemli müsbet sonuçlar verirken -herhangi bir hakla elinde (zilyedlik) bulunduran sahibinin elinden haksız olarak alı-

51 Krş. Şafak, Ali, age. s. 221.
52 Bkz. İlgili bölüm, s. 214 v.d.
53 Bkz. Şafak, Ali, age. s. 219 v.d.
54 Bu fetva için bkz. Milli Tetebbular Mecmu'ası, İstanbul, 1, 57-58; Şafak Ali, age. s. 68-70.

namadığı[55] buna mukabil alım-satım ve miras veya intikale konu edilebildiği için-[56] sahibine, bir "toprak kiracılığı" hissini de vermemiştir.

cb) Mülkiyet, İkinci Dereceden Bir Tevzi Aracıdır.

Emek ve ihtiyaçtan sonra, dağıtımda, ikinci dereceden bir araç olmak üzere, mülkiyet yer alır. Şöyle ki:

İslamiyet, temeli emeğe dayanan özel mülkiyeti tanımakla beraber, özel mülkiyet hukuku ve tasarruf alanı, kapitalist sistemden de Marxist sosyalist sistemden de farklılık gösterir.

Kapitalist sistem gibi "serveti hiç bir kayd ve şarta tabi kılmaksızın, her türlü kazanca vasıta kılınmasını meşru" kabul etmediği gibi, marxist sosyalist sistem gibi de "malın hiçbir şekilde kazanç vasıtası yapılmaması" gibi katı bir prensip benimsememiştir. İslam Hukuk ve İktisat sistemi, tam orta noktada, mutedil noktada yerini almıştır:

"Faiz" gibi, "emeksiz ve risksiz" bir yolla kazanç sağlamayı yasaklarken, "ticaret" gibi "emekli ve riskli" bir yolla kazanç sağlamayı benimsemiştir.

İslam Hukuk ve iktisat sistemi, ticari kazancı (kar) benimsemekle, bizatihi mülkiyet, şer'i ölçü ve şartlar dairesinde malı arttırma ve dolayısıyla da, yine İslamiyetin benimsediği kamu yararları (maslaha) ve manevi değerler çerçevesinde, ikinci dereceden bir dağıtım aracı olmaktadır.[57]

Buraya kadar anlattığımızı özetlersek, İslam hukuk ve İktisat Sisteminin dağıtım planını şöyle tesbit edebiliriz:

1- Emek: Mülkiyeti elde etmenin temel prensibi olması itibariyle, servet dağılımında bir temel elemandır. Tabiat tarlasında çalışan, emeğinin meyvelerini toplamayı hak eder. Onlara malik olur. (Avlanma, hayvan üretme ve ekip biçme... gibi).

---

55 Bkz. Ebû Yusuf, K. *el-Harâc,* s. 63, 66; Ayrıca bkz. 214 - 215.

56 Bkz. "54" (s. 332) numaradaki fetva, son paragraf; "Amma bir kimse tasarruf ettiği yerden feragat etmek isteyip sipahi marifetiyle bir kimseden hakkı ferağı için bir mikdar akça alıp ferağat itdüğünde sipahi ol kimesneye tapuyu virse meşru ve makbuldur."

57 İslam Hukuk ve İktisat sisteminin, faizi yasaklamasında kapitalist sistem ile; ticareti benimsemesinde de Marxist Sosyalist Sistem ile hesaplaşması konuları, ayrı bir çalışmada ele alınabilir.

2- İhtiyaç: İnsanın bu dünyada, insan olarak sahip olduğu insanca yaşama hakkını gerçekleştirmesi itibariyle, servet dağılımında yine bir temel elemandır. Bu eleman, İslami toplumda, ihtiyaçların tatminini üzerine alır. (Zekat ve nafaka gibi mecburi vergiler keffaret ve benzeri mecburi mali ibadetler ile hayri vakıf ve sadakalar, bu elemanı aktif şekilde çalıştıran kaynaklardır).

3- Mülkiyet: İslam'ın sosyal adalet ilkesine aykırı düşmeyecek özel şartlar çerçevesinde, müsaade ettiği ticari faaliyetler ve özellikle "mudarebe" gibi şirketler yolu ile servet dağılımında ikinci derecede bir elemandır.[58]

58 Krş. Sadr, M. Bakır, age. s. 1, 322.

II- DAĞILIM KONULARI

A- Genel Olarak

Servet dağılımı konusu iki seviyede ele alınabilir:

1- Maddi üretim kaynaklarının dağılımı,

2- Gelir Dağılımı.

Maddi üretim kaynakları deyiminden toprak (arz, yeryüzü), ham madde ve üretim araçları (makina teçhizat) anlaşılır. Bu unsurlar, zira'i üretimde olsun, sına'i üretimde olsun, pay sahibidirler. Gelir deyiminden ise, tabiata katılan insan emeğinden meydana gelen ihtiyaç maddeleri ile sözü edilen maddi üretim faktörlerinin hizmetleri karşılığında elde edilen ihtiyaç maddeleri (gelirler) akla gelir.[59] O halde ortada iki türlü servet vardır:

1- Tabii üretim kaynaklarından meydana gelen ana servet,

2- Üretilen mal ve hizmetlerden meydana gelen yavru servet.

Dağıtımdan söz ederken, dağıtımın her iki serveti de şümulüne alması gerekir. Fertler iktisadi teşebbüslerini, toplumun benimsediği üretim kaynaklarını bölüşme biçimine göre ayarlayacaklarından, üretim kaynaklarının dağılımının, bizzat üretim faaliyetlerinden önde geldiği meydandadır. Buna göre biz, önce üretim kaynaklarının dağılımına temas edeceğiz.

Gelir dağılımını "*bir ülkede belli dönemler içinde yaratılan milli hasıla veya gelirin, fertler, fertlerden meydana gelen gruplar veya üretim faktörleri arasında*

59 Sadr, M, Bakır, s. 393 v.d.

bölünmesine gelir dağılımı denir" şeklinde tarif eden modern siyasi iktisat, iki türlü gelir dağılımı tanımaktadır.[60]

1- Ferdi gelir dağılımı: Gelirin fertler, aileler, tüketici birimler v.s. arasında dağılımın adıdır.

2- Fonksiyonel gelir dağılımı: Gelirden üretim faktörlerinin aldığı paylara denir.

Makro-ekonomik anlamda gelir dağılımı (fonksiyonel gelir dağılımı) üzerinde duran ilk ilmi ekol mensuplarının fizyokratlar olduğu bilinmektedir.[61] Ferdi dağılım analizi ise neo-klasik teori ile birlikte ortaya çıkmıştır. Fizyokratların Dr. Quesnay (1694-1774) ile başladığı,[62] neo-klasiklerin ise 1871 yılında ortaya çıktıkları[63] düşünülürse, gelir dağılımı probleminin ele alınmasının beşeri iktisat açısından oldukça yeni bir hadise olduğu görülür.

Konu ile fizyokratlardan sonra Klasik iktisatçılar, mesela Adam Smith (1723-1790), Ricardo (1772-1823);[64] sosyalistler, mesela Saint Simon (1760-1825), Charles Feurer (1772-1837), Robert Owen (1771-1858), Prudhon (1809-1858), Karl Roberthus (1805-1875); K. Marx (1818-1883);[65] Neo-klasikler;[66] modern ekonomistler mesela Keynes (1883-1946)[67] ve sentezciler[68] ilgilenmişlerdir.

Görülen odur ki, çok genel tasnifle kapitalist sistem, dağıtım konusunu incelerken -tariflerden de anlaşılacağı gibi- topluma ait servetin tamamını -üretim kaynaklarını da içine almak üzere- servet dağılımına konu yapmamaktadır. Dağıtımdan kasdedilen sadece milli gelirin üretime katılan unsurlardan (sermaye, toprak, emek ve yönetim) her birine düşen payı -faiz, rant, kar veya ücret olarak- belirlenmesinden ibarettir.[69]

60 Alkin, Erdoğan, age. s. 171.
61 Alkin, Erdoğan, age. s. 171.
62 Alkin, Erdoğan, age. s. 271.
63 Alkin, Erdoğan, age. s. 271.
64 Alkin, Erdoğan, age. s. 210; Özgüven, Ali, age. s. 32, 41.
65 Alkin, Erdoğan, age. s. 211; Özgüven, Ali, age, s. 84-94.
66 Alkin, Erdoğan, age. s. 212.
67 Alkin, Erdoğan, age. s. 216; Özgüven, Ali, age. s. 131.
68 Alkin, Erdoğan, age. s. 217-219.
69 Alkin, Erdoğan, age. s. 74; Sadr, M. Bakır, age. s. 295.

Sosyalistlerin gelir dağılımı konusunu ele alış tarzları, mesleklerinin karakterine göre, ayrı bir özellik taşır. Onlara göre, üretim kaynak ve araçları prensip olarak kamunun (devlet) olacağı ve müteşebbis de devlet olacağı için dağıtım teklif edilen bazı esaslara göre gerçekleştirilmek istenmektedir.

1- Sait Simon: "Üretim araçları herkese kapasitesine göre gelir ise herkese emeğine göre," dağıtılır.

2- Charles Feurer: "Gelir, herkese sermayesine (4/12); toprağına (3/12); emeğine (5/12) göre";

3- Robert Owen: "Kapasitelere göre değil ihtiyaçlara göre";

4. Prudhon: Eşitlik ilkesine göre";

5. Karl Roberthus: "Herkesin kendi emeğinin hasılasını alması esasına göre"[70] şekillerinde dağıtım teklif etmişlerdir.

Sosyalist meslekler arasında kendisine "ilmi sosyalizm" adını takan "marxist sosyalizm"in özel bir yeri vardır.

Marx, klasiklerin görüşlerine ve idealist sosyalistlerin kuracakları yeni düzene değil, tabi'i ve kendiliğinden kurulacak düzene inanmaktadır.[71]

Marxist sosyalist sistem, kendine has diyalektiği ile dağıtım için -kendi zamanından itibaren- iki mecburi safha ve dağıtım ilişkisinden söz etmektedir:

1- Sosyalist dönem:

Bu dönemde "herkese emeğine göre" kaidesi;

2- Komünist safha:

Bu safhada ise "herkese ihtiyacına göre" kaidesi uygulanacaktır.[72]

Maddi üretim kaynaklarının, mutlak iktisadi hürriyet anlayışı çerçevesinde, kuvvetlinin elinde olmasını benimseyen ve üretim faktörlerini elinde bulunduran kuvvetli kişilerin tabiat kaynaklarını işletmelerini tekellerine almasına müsamaha eden kapitalist sisteme mukabil İslam-Hukuk ve İktisat

---

70 Özgüven, Ali, age. s. 84-94.

71 Özgüven, Ali, age. s. 96.

72 Ülken, Yüksel, age. s. 231.

Sistemi, dağılım konusunu daha geniş çapta ele almış; sadece gelir (ürün) dağılımını değil, maddi üretim kaynaklarının dağılımına da el atmış; hatta bizzat tabiat unsurunun sakladığı üretim kaynakları ile birlikte dağıtım konusunu ele almış; tabiat unsurunu çeşitli bölümlere ayırmış; her bir bölümüne, "özel mülkiyet", "kamu mülkiyeti", "devlet mülkiyeti" ve "herkese serbest" (mubah mallar) diye ayrı ayrı mülkiyet karakterlerini tarif etmiş; gelir dağılımına esas olacak kurallar koyduğu gibi, üretim kaynakları dağılım yani belirtilen mülkiyet çeşitlerinin iktisabı hakkında da kurallar koymuş detayları ile açıklamıştır.

Dağıtımla ilgili bu genel bilgiden sonra, İslam Hukuk ve İktisat sisteminde, temel üretim kaynakları hakkında incelemeye geçebiliriz.

B- Temel Üretim Kaynakları

1- Genel Olarak Üretim kaynaklarının;

a) Tabiat,

b) Sermaye,

c) Emek (buna işletme yönetimi de eklenir), olarak belirtilmesi, modern siyasi iktisadın geleneğidir;[73] fakat biz, İslam Hukuk ve İktisadi açısından üretim kaynaklarını ve bunlara ait mülkiyet biçimlerini incelerken iki ve üç numaralı (b, c) faktörleri konumuzun dışında bırakmak mecburiyetindeyiz.

Bunlardan sermaye haddi zatında bir "ürün"dür. Üretimin temel kaynaklarından saymak mümkün değildir; zira bir üretim faaliyeti sonucu elde edilip, yeni bir üretim faaliyetinde kullanmaya hazır hale gelen maddeye "sermaye" denir. Mesela bir dokumada kullanılacak iplik bir sermayedir. Bir üretim faaliyeti sonucu elde edilmiş olduğu için bir "ürün"dür. Dolayısıyla buna tabii servet demek mümkün değildir. Bir önceki üretim faaliyeti sırasında insan emeğinin şekillendirdiği bir tabii maddedir. İncelemeye çalıştığımız konu üretim öncesi kaynakların yani tabiatın (Allah) insanlığa hediye ettiği "insan emeği karışmamış" servetin dağılımı olduğuna göre, "bir önceki üretimin ürünü olan sermaye"nin temel üretim kaynakları arasında sayılması söz konusu olamayacaktır. Sermaye ancak, üretilmiş servetin (ürün gelir) dağılımı sırasında "üretim ve tüketim malları" meyanında inceleme konusu olur.

73 Sadr, M. Bakır, age. s. 397.

Emek ise, üretim faktörleri arasında manevi bir unsur olup mülkiyetin hiç bir şekilde (kamu veya özel) konu olamayacağına göre, onun da temel üretim kaynaklarının dağılımına dahil edilmesi mümkün değildir.

Böyle olunca, temel üretim kaynakları başlığı altında inceleyeceğimiz tek faktör kalıyor: Tabiat.

2- Tabiatın Taksimi ve Sistemler

İslamiyet, tabiatın dağılımı konusunda Kapitalist sistemden de Marxist sistemden de ayrı bir sisteme sahiptir.

Kapitalizm, kaynak dağılım ve mülkiyetini mutlak iktisat hürriyeti çerçevesinde tamamen toplumun fertlerine bırakır. Herkes becerebildiği ölçüde tabiat kaynaklarına sahip olabilir.

Marxizm ise, "her devirde teknik durumun belli seviyede bir üretim tarzını gerektirdiğini ve belli bir üretim ve mübadele ilişkileri kurduğunu" söyler. Bunun sonucu olarak, toplumda en önemli bir fonksiyon görecek bir sınıfın hakimiyeti doğacaktır. Bu hakim sınıf, hukuki hatta dini ve moral müesseseleri kurmaktadır. Ancak bu sınıfın hakimiyeti geçicidir. İlim ve teknik geliştikçe, üretim tarzı da değişecektir. Bir gün gelecek ki eski hakim sınıfın etkisi, fiilen sona erecek, yerini diğer bir sınıf alacaktır. Eski sınıfın yerine yeni bir hakim sınıf geçince, eski sınıf devamını ve üstünlüğünü kendinin kurduğu hukuki, dini ve moral müesseselere dayanarak devam ettirmeye çalışacaktır. Böylece, bir çok devre gelip geçecek ve bu tezatlardan nihayet toplumda yeni bir sınıf iktidara gelecektir. Bu yeni sınıf da işçi sınıfı olacaktır. Teknik yenilikler hakimiyet üzerinde etki yaptığından, toplumda, devamlı bir değişme görünmektedir. Böylece derebeyliğin yerini alan kapitalizm de yerini kollektivizme bırakmak durumundadır. "İşte, diyalektik prosesüsün (vetire) gelişim böyledir".[74] Buna göre tarihin tarım üretimi döneminde üretim biçimi kaynak dağılımının ikta' (kesime vermek, ademi merkeziyet) esasına göre olmasını gerektirir ki, bir başka tarihi dönem olan teknolojik sanayi üretimi biçimi döneminde, üretim kaynakları mülkiyetinin kapitalistlere ait olmak üzere yeniden düzenlenmesini, bir başka tarih döneminde de bu dağılım ve mülkiyet

---

74 Özgüven, Ali, age. s. 97; Sadr, M. Bakır, age. s. 397.

ilişkilerinin (üretim kaynakları mülkiyeti) emekçilere ait olmasını gerekli kılar.[75]

İslamiyet ise ne kapitalist zihniyet gibi üretim kaynakları mülkiyetini doğrudan ve tamamen fertlere bırakır; ne de Marxizm'in iddia ettiği gibi dağıtım ilişkilerini, üretim biçimleri ile "zorunlu" bir "sebeplilik" halinde görür.

İslam Hukuk ve İktisat Sistemi dağıtım ilişkileri konusunu, üretim biçimi konusundan ayrı olarak ele aldığı gibi, fertlerin, üretim kaynaklarına sahip olma hürriyetini de sınırlar. Zira, İslami açıdan ele alındığında problem, üretim problemi değildir ki üretim şartları neyi gerektiriyorsa, işi ona havale etsin! İslami açıdan problem, çeşitli ihtiyaç ve eğilimleri -insanlığı ve gelişmesi kollanarak- tatmin edilmesi gerekli olan insan problemidir.

Tarihin hangi devrinde ve üretim araçlarının hangi biçim ve döneminde olursa olsun, bütün ihtiyaç ve istekleri, asli eğilim ve zevkleriyle insan insandır. Toprağı ister karasabanla işlesin ister motorlu, elektrikli ve hatta atom enerjili bir araçla işlesin, insan insandır.

O halde üretim biçimi ne olursa olsun, tabiat kaynakları, insanın işaret edilen ihtiyaç ve zevklerini, onun insanca yaşamasını garanti edecek, insanlığı devam ettirecek ve geliştirecek yönde tatmin edilecek şekilde dağılıma tabi tutulacaktır. Bu itibarla,

1- Her ferdin -tek başına özelliği olan bir insan olarak- mutlaka tatmin etmesi gerekli özel ihtiyaçları bulunacaktır. İslamiyet belli şart ve kayıtlarla tanıdığı "özel mülkiyet" hakkı ile[76] bu imkanı bahşetmiştir.

2- Fertler arası ilişkiler bir toplum yaratacaktır. Ortaya çıkan toplumun kendine has ve genel karakterli, toplumun her ferdini ilgilendiren ihtiyaçları bulunacaktır. İslamiyet bazı üretim kaynakları hakkında öngördüğü kamu mülkiyeti biçimi ile toplumun bu ihtiyacını tatmin etmesini mümkün kılmıştır.

3- Öyle durumlar da olur ki, fertlerin, ihtiyaçlarını, ne özel mülkiyet yolu ile ne kamu mülkiyeti imkanı ile tatmin etmesi ellerinden gelmez. Mahrumiyet ve imkansızlık içinde kalabilirler. Umumi sosyal denge bozulur. Böyle du-

75 Sadr, M. Bakır, age. s. 397.

76 Krş. s. 120-167.

rumlar için İslam Hukuk ve İktisat Sistemi, genel sosyal dengeyi düzenleme ve sağlamada rol sahibi olabilmesi için Devlet mülkiyeti şeklini de tanımıştır. Buna daha özel manada kamu mülkiyeti de demek mümkündür. Böylece tabii kaynakların:

1- Özel mülkiyet,

2- Kamu mükliyeti ve

3- Devlet mülkiyeti,

şekillerine bölünmesi ile dağıtım işi tamamlanmış olur.

C- Gelir Dağılımı

Bilindiği ve yukarıda kaydettiğimiz gibi modern iktisatta gelir: a) Ücret, b) Faiz, c) Kâr ve d) Rant adı altında emek ve sermayeye taksim edilir.

Emeğe ayrılan pay daima "ücret" iken, sermayeye verilen pay, sermayenin cinsine göre değişir.

Sermaye nakit (para) ise ve sermayenin sahibi üretim faaliyetine katılmamışsa "kredi" adını alan bu sermayeye ödenecek pay "faiz"dir.

Sermaye nakit olup da sahibi üretim faaliyetine katılmışsa "hisse" adı verilen bu sermayeye ayrılan pay "kâr" dır. Hemen bütün normal şirketler bu kaideye dayanır. Sermaye topraksa, bu sermayeye verilen pay "ücret" (özel adı ile rant) tır.

İşin cinsi ve nev'i ne olursa olsun, emek, daima piyasa malı gibi arz ve talep kanununa tabi bir "meta" muamelesi görür.

İslam Hukuk ve İktisat sisteminde ise emek alınıp satılmaz. Ücret sözleşmesinde emeğe takdir edilen ücret, emekten doğacak hakiki veya hükmî menfaate karşılıktır. (bkz. not 342) Onun için emeğe takdir edilen ücretin sağladığı menfaate göre takdir edilmesi gerektir.

Kaide bu olmakla beraber, eğer çalışma gün ve saatleri belirtilerek bir ücret sözleşmesi yapılmışsa bu takdirde sağlanan menfaat takdiri olur ve bu sözleşme de meşru ve caiz olur. Demek ki emek mukabilinde hakkaniyet ölçüsü nazari olarak, emekten sağlanan menfaat ile ilgilidir. Buna göre çalışan,

emeğinden doğan menfaatten fazla ücret istememeli; çalıştıran da emekten doğan menfaatten az ücret teklif etmemelidir.

Sermayeye verilecek paya gelince, İslam Hukuk sisteminde yerinde geçtiği gibi menfaati muhakkak olan sermayeye kazançtan hisse (pay) değil ama belli bir ücret verilebilir: Gayrimenkul kirası gibi. Sırf toprak bir taraftan, emek tohum vs. üretim faaliyet ve faktörleri gibi diğer taraftan, ürün ortak şeklinde bir ortaklık makbul değildir. Toprak yarıcılığında toprak sahibi ya tohum, ya alet ve makina ile üretime katılmalıdır ki üründen (gelir) pay alabilsin.

Bizzat sermaye sahibi üretime katılmak şartı ile ister nakit ister ayn olsun, her türlü sermaye ile ortaklığa girerek kâr bölüşülebilir. Bu bir basit şirket muamelesidir.

Sahibinin üretime katılmadığı nakit sermaye ise, yerinde açıkladığımız sebeplerle ancak, "işletmenin" (teşebbüs) zararını yüklenme gibi bir "risk" karşılığında gelirden pay alabilir ki bu durumda bu pay ne ücrettir ne faiz. Bu pay, katlanılan riske karşılık gelirden hissedir (pay) özetlersek; gelirden:

a) Emek, emekten doğan menfaat ölçüsünde gelirden pay alır. Adı ücret de olsa, bu emeğin "fiyatı" değil, emekten doğan menfaatin "bedendir. Burada satılan emek değil, emekten doğan ve akidle mütekavvim hale gelen menfaat (usufruct) tir.

b) Toprak gibi, makina ve teçhizat gibi sermaye, sahibinin bilfiil üretim faaliyetine katılması halinde "gelir"den pay alır. Bilfiil katılmadığı takdirde, alacağı pay, kira kabilinden ücrettir ki sağlanan gelirle ilgili değildir.

c) Sahibinin üretime bifiil katıldığı nakit sermaye, gelirden pay alır. Açıktır ki bu bir adi şirketten ibarettir.

d) Sahibinin üretime bilfiil katılmadığı nakit sermaye ne ücret ne de kâr alamaz. Ancak, yerinde geçtiği gibi sırf İslam Hukuk sisteminin tanıdığı, başka sistemlerin bilmediği bir formül, sermayeyi paya ortak eder: İşletmenin zararına katlanmak. Formülü şöyledir:

Sermaye bir taraftan, Emek diğer taraftan, zarar sermayenin, kar ortak.

Netice olarak diyeceğiz ki:

İslam hukuk ve iktisat sistemi, "sermaye" dahil "ürün" manasındaki gelir dağılımı meselesinde, yukarıda gördüğümüz gibi, kapitalist sistemden de kollektivist sistemden de farklı olup "emeği" ve "ihtiyacı" dağıtımın temel elemanları; "mülkiyeti", ikinci derecede bir dağıtım elemanı; bu elemanların dışında emekle, ihtiyaçla ve mülkiyetle ilgili olmayan dördüncü eleman olarak "hukuki elemanı" (diyet ve mükafatlar gibi. bkz. s. 189 vd.) mülk edinmenin meşru yollarından saymak ve ihtiyaç fazlası servetin "nisab" miktarını vergiden (zekat) muaf tutup fazlasını da 1/2 - 1/40 arasında değişen nisbetlerde vergiye (haraç, öşür, zekat...) tabi tutmak suretiyle (bkz. s.260 v.d.) 39/40 - 1/2 gibi nisbetler arasında değişen önemli bölümünü kişilerin hakkı olarak kabul etmekle, daha çok, kişilerin sahip oldukları farklı kabiliyet, güç ve eğilim faktörlerine bağlı olarak farklı miktarlarda servete sahip olmalarına imkan tanınmıştır.

Böylece, kabiliyetleri, zevkleri ve ömürleri farklı insanların eşit servete sahip kılınması (servette eşitlik) gibi, hiç bir pratik değeri olmayan bir fantaziye iltifat etmeyen İslam Hukuk ve İktisat Sistemi, bunun yanında, "hayat şartı" olarak gördüğü servetten (IV, 5) hiç kimsenin mahrum edilmemesi ve herkesin nimetlerden "insan hayatı için gerekli" nasibini alabilmesi için "servetin belli ellerde dolaşan bir devlet olmaması" yönünde (LVII, 7) gereken tedbirleri almıştır.

Toprak ve madenlerle, daha geniş bir ifade ile, yerüstü ve yeraltı servetleriyle ilgili hukuki düzenlemeler ve "nafaka", "zekat" ve "miras" bu gayeyi gerçekleştiren iktisadi ve sosyal müesseselerdir.

SONUÇ

İslam Hukuk sistemi insana hayat hakkı'nın gereği olmak üzere mülkiyet hakkı tanımıştır. Ancak, mülkiyet konularına, mülkiyeti elde etme yollarına, bu hakkın kullanılmasına ve tasarrufuna getirdiği kayıtlarla bu müesseseye kapitalist sistemden de kollektivist sistemden de farklı bir özellik kazandırmıştır. Bu özelliği özetlersek:

Allah her şeyi insanlar için yaratmıştır. Bu itibarla insandan gayri her şey prensip olarak mülkiyete konu olabilir. Ancak, İnsanlar için zararlı bazı murdar şeyler mülkiyet konuları dışında bırakılmış, bunlardan faydalanma mübah kılınmadığı gibi bunlar üzerindeki mülkiyet de korunmamıştır.

Mülkiyet hakkı, “hayat hakkı”nın gereği olarak bahşedildiği ve her insan bu hakka sahip olduğu için, her insanın muhtaç olduğu ve insan emeği ile üretilmesi mümkün olmayan tabii nimetler, kaynak olarak mülkiyetin dışında bırakılmıştır: Su, ot, ateş ve madenler, kaynak mülkiyetine konu olmazlar.

Sadece maddi şeyler (res corporales) değil hak ve menfaatler (usufructs) de mülkiyet konularına dahil edilmiştir. Onun için de çok geniş bir alana yayılmıştır (sosyalize edilmiştir). Mesela bir kiracı, kira ile oturduğu evde sözleşme müddeti boyunca evin menfaatinin malikidir. Gerek ev sahibine gerek diğer insanlara karşı malikin sahip olduğu bütün haklara sahiptir. Bu müddet içinde ev sahibinin bu ev üzerindeki tasarrufu bile sınırlıdır.

İslam Hukuk sistemi mülkiyeti elde etmek için meşru olan ve olmayan yolları göstermiştir. Buna göre mesela sahipsiz (mubah) malları -mesela av hayvanlarını- üzerine zilyedlik kurmakla (ihraz) elde etmek meşru; sahipli bir malı, sahibinin izin ve rızası olmadan almak (gasb, hırsızlık) gayrimeşrudur. Ayrıca hile ve aldatma yoluna sapmadan dürüst ticareti meşru (helal); faizi haram saymıştır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi Allah her şeyi bütün insanlar için yaratmıştır. Tabiat nimetleri dediğimiz ilahi nimetlerde herkes eşit hakka sahiptir. Kim dilerse henüz kimsenin eline geçmemiş bulunan tabiat nimetlerini ele geçirir kendine mal eder. Fakat, elde ettiği bu nimet (mal) ihtiyacından fazla olursa ve bu fazlalık belli bir mikdarı bulursa (nisab) bu malda -esasen manen mevcut olan- kamu hakkı maddeten ve fiilen doğar. Bu hak zekat olarak ödenecektir. Ödenecek nisbet ise malın tabiat durumuna yakınlığına göre değişen nisbetlerde olmak üzere 1/40-1/2 olabilir. Ticaret mallarında 1/40 olan bu nisbet, toprak mahsullerinde masraflı ve masrafsız tarım olması durumuna göre 1/20 veya 1/10 olduğu gibi madenlerde 1/5; haraci arazide 1/2 olabilir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi madenler kaynak mülkiyetine konu olmazlar fakat mübah mallar olarak elde edildiğinde, mikdarına ve bulanın mali durumuna ve ihtiyacına bakılmaksızın 1/5 nisbetinde zekata tabi tutulur. Bir maden veya tarım işletmesinin hangi nisbetler arasında kar sağlayabildiği hesap edilirse, madenlere ve toprak ürünlerine yüklenen verginin ne nisbette sosyal karakterli bir vergi olduğu kolayca görülebilir.

Kişi sadece kendisinden değil, yakınlarından da sorumludur. Yerinde geçtiği gibi bazı sıfatlar, mükellefiyetin doğrudan doğruya sebebidir. Kişi baba ise evladına karşı; koca ise karısına karşı nafaka mükellefidir. Zenginliğine fakirliğine bakılmaksızın baba, baba sıfatı ile koca da koca sıfatı ile nafaka mükellefidir. Çalışmaya gücü yetiyorsa, çalışıp hem kendi geçimini hem de nafakaları ile mükellef olduğu yakınlarının geçimini sağlayacaktır. Nafaka mükellefiyeti sadece eş ve çocuklar çerçevesinde kalmaz, miras çevresinde bütün akrabalar birbirlerine karşı nafaka mükellefidirler.

Gerek zekat, gerek nafaka, kişinin iradesine tabi ihtiyari mükellefiyetler değil mecburi mükellefiyetlerdir.

Mülkiyet Hakkı temelde mutlak haktır; fakat, her hak gibi başkasının hakkı ile sınırlıdır. Onun için malik hakkını kullanırken başkalarına, zarar vermekten sakınmakla mükelleftir.

Kişinin meşru yoldan elde ettiği mal kendisinindir. Zekatını verdikten ve nafaka mükellefiyetini yerine getirdikten sonra geriye kalan mal kendi halis hakkıdır. Onda artık kimsenin hakkı kalmamış gibi görünür fakat, kişi bu durumda da malını iyi kullanmak ve iyi korumak mecburiyetindedir. Di-

nin gerçekleştirmek istediği gayeler arasında canı ve ırzı korumanın yanında malı korumak ta vardır. Malı korumak ise sadece mal üzerindeki mülkiyeti korumak değil bizzat malı korumaktır. Bu husus ayet emridir (Nisa, 5). Şayet bir kimse gereksiz yerde malını döküp saçıyorsa (tebzir) veya ihtiyacına lüzumundan fazla harcıyorsa (israf), buna kamunun müdahale hakkı vardır. Kamu namına mahkeme gerekirse böyle bir kişiyi kısıtlılık (hacr) altına alabilir. Malını boş yere harcama demek olan israf veya tebzir sadece günah olmakla kalmaz, aynı zamanda medeni cezaya da konu olur.

Özel mülkiyet hakkını insan ihtiyacı için benimseyen İslam Hukuk sistemi, yine insan ihtiyacı için, tabii nimetleri kaynağında mubah sayıp onları kaynak mülkiyetine konu etmemesi yanında ayrıca, düşkünlerin ihtiyacını doğrudan doğruya karşılayabilmek için bir kamu mülkiyeti müessesesini benimsemiştir. İslam Hukukunda özel mülkiyetin hemen yanında kamu mülkiyeti müessesesi yer alır. Özel ve kamu mülkiyeti müessesesinin kaideten yan yana oluşu İslam hukukuna mahsus özelliklerdendir. Her iki müessese ayeti kerimelerle uygulamalı olarak kurulmuştur. Yerinde geçtiği gibi, mesela, ganimet taksim edilirken 1/5'inin "yetimler", "yoksullar" ve "çaresizler" için Allah ve Rasulü (kamu) adına alıkonulması emredilmiş; kalan 4/5'i gazilere taksim edilmiştir. Açıktır ki taksim dışı tutulan ve yerleri ihtiyaç sahipleri olarak tesbit edilen mal özel mülkiyetin dışında bırakılmış (kamulaştırılmış) ve kalan beşte dördü ise gazilere taksim edilerek özel mülkiyete konu edilmiştir.

Nihayet İslam Hukuk ve İktisat Sistemi, sermaye dahil, ürün manasındaki gelir dağılımı mes'elesinde kapitalist ve kollektivist sistemlerden farklı olarak emeği ve ihtiyacı dağıtımın temel elemanları saymış; mülkiyeti, ikinci derecede bir dağıtım elemanı kabul etmiştir. Bu elemanların dışında emekle de ihtiyaçla da mülkiyetle de ilgili olmayan bir dördüncü eleman olarak hukuki elemanı (diyet ve ödüller gibi) mülk edinmenin meşru yollarından saymak ve ihtiyaç fazlası servetin "nisab" miktarını vergiden (zekat) muaf tutup fazlasını 1/2 - 1/40 arasında değişen nisbetlerde vergiye (haraç, öşür, zekat...) tabi tutmak suretiyle 1/2 - 39/40 gibi nisbetlerde değişen önemli bir bölümünü kişilerin hakkı olarak kabul ederek, daha çok, kişilerin sahip oldukları farklı kabiliyet güç ve eğilim faktörlerine bağlı olarak değişik miktarlarda servete sahip olmalarına imkan tanımıştır.

Böylece kabiliyetleri, zevkleri ve ömürleri farklı insanların eşit servete sahip kılınmak istenmesi (servette eşitlik) gibi, hiç bir pratik değeri olmayan bir fantaziye iltifat etmeyen İslam Hukuk ve iktisat sistemi, bunun yanında "hayat şartı" olarak gördüğü servetten (bkz. Nisa, 5) hiç kimsenin mahrum edilmemesi ve herkesin nimetlerden "insan hayatı için gerekli nasibini alabilmesi için "servetin belli ellerde dolaşan bir devlet haline gelmemesi" yönünde (bkz. Haşr, 7) gereken tedbirleri almıştır.

Toprak ve madenler, daha geniş bir ifade ile yerüstü ve yeraltı tabii servetlerle ilgili hukuki düzenlemeler ve "nafaka", "zekat" ve "miras" bu gayeyi gerçekleştiren iktisadi ve sosyal müesseselerdir.

BİBLİYOGRAFYA
VE
İNDEKS

BİBLİYOGRAFYA

Kur'an-ı Kerim

Abduh, Prof. Dr. İsa, *Tebliğ*. (1396/1976 Şubat ayında, Mekke'de toplanan Birinci Dünya İslam İktisat Kongresine sunulmuştur. Fotokopi nüshası, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi İslami Araştırmalar Enstitüsü Kütüphanesinde mevcuttur).

Ahmed b. Hanbel. (Ö. 241/855), *el-Müsned,* l-VI, 1. Baskı, Beyrut 1389/1969.

Akipek, Prof. Dr. Jale G. *Türk Eşya Hukuku,* 2. Kitap, Ankara 1972.

Ala'u'd-Din, 'Ali el - Muttekî b. Hüsâmeddin el-Hindi, (Ö. 975 /1567), *Kenzu'l-Ummâl fî-Süneni'l-Akvâli ve'l-Efal,* Haleb.

Ali Haydar Efendi, (Ö. 1321 /1905),
—*Dureru'l - Hukkâm fi Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm (Şerh-i Mecelle),*
—*Şerh-i Cedîd li-Kanuni'l-Arâzî,* 2. Baskı, İstanbul 1929.

Alkin, Doç. Dr. Erdoğan, *İktisat, İstanbul 1972.*

Ansay, Ord. Prof. Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku,* Ankara 1958.

Arsebük, Ord. Prof. Esat, *Medeni Hukuk, Tan Matbaası,* İst., 1938.

Ataay, Prof. Dr. Aytekin - Sungurbay, Prof. Dr. İsmet, *Açıklamalı Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu*, İstanbul 1968.

Ataay, Prof. Dr. Aytekin, *Medeni Hukukun Genel Teorisi,* İstanbul 1971.

Atay, Doç. Dr. Hüseyin,
—*İslam Hukuk Felsefesi*, Ankara 1973.
—*Kur'an ve Hadiste Aile Planlaması,* A. Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, 1970 s. XVIII, s. 1-22.

Aydoğan, Dr. M. Özman, *İnsan Hakları ile İlgili Temel Metinler*, Ankara 1967.

Babartî, Ekmelu'd-Din, Muhammed b. Mahmud, (Ö. 786 /1384). *Şerhu'l - İnaye 'ale'l - Hidaye,* I. Baskı, Mısır 1389 / 1970).

el-Beyhaki Ebû Bekr Ahmed b. Huseyn b. Addillah, (Ö. 458 /1065). *es-Sünenu'l - Kubra,* 1 - XI, I. Baskı, Haydarabad 1344.

el - Buhârî, Abdü'l-Aziz b. Ahmed b. Muhammed, (Ö. 730 /1330) *Keşfu'l-Esrar' ale'l-Pezdevi,* İstanbul 1308.

el- Buhari, Ebu Abdillah Muhammed b. İsmail b. İbrahim, (Ö. 256 / 869), *el-Cami'u's-Sahih*, I - VIII, Matbaayı Amire, 1315.

Challaye, Felicien, *Mülkiyetin Tarihi,* çev. Turgut Aytuğ, İstanbul 1944.

Cin, Dr. Halil, *Miri Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü,* Ankara 1961.

Dehlevi, eş-Şeyh Ahmed Şah Veliyyullah, Abdurrahim, (Ö. 1176 /1762). *Huccetu'llahi'l - Baliga,* Nşr. Seyyid Sabık, Kahira.

Damad, Abdurrahman b. Şeyh Muhammed b. Süleyman, (Ö. 1078 /1667), *Mecma'u'l - Enhur Şerhu Multeka'l - Ebhur,* I - II, Dersaadet 1327.

ed-Darimi, Ebu Muhammed, Abdullah b. Abdurrahman, (Ö. 255 / 868). *Sunenu'd-Darimi,* I - II. Beyrut.

Ebu'l - Beka, el - Hüseyni, Muhammed b. 'Ubeydillah, (Ö. 499 /1106), *Külliyat-ı Ebü'I - Beka,* Mısır 1953.

Ebu Davud, Süleyman b. el-Eş'as es Sicistani el - Ezdi, (Ö. 275 / 888), *Sunenu Ebi Davud,* Tah. Uzayr 'Abdu'd - Da'as I - V, 1. Baskı, 1391 / 1971.

Ebu'n-Nasr, Ahmed el - Hüseyni, *el Milkiyeyye fi'l - İslam,* Kahire 1371 / 1952.

Ebu Sunne, Dr. A. Fahmi, *Nazariyyatu'l - Hakk (Fi'l - Fikhı'l - İslami,* Kahire 1971, adlı eser içinde bir makale).

Ebu's - Su'ud, Muhammed b. Muhammed el - İmadi, (Ö. 951 /1544), *İrşadu'l - Akli's - Selim İla Mezaya'l - Kur'ani'l - Kerim*, I-IX, Kahire.

Ebu Ubeyd, el - Kasım b. Sellam, (Ö. 224 / 838). *el - Emval, Tah. M. Halil Harras,* 2. Baskı, Kahire 1395 - 1975.

Ebu Yusuf, Yakub b. İbrahim, (Ö. 182 / 798),
—*Kitabu'l-Harac,* 5. Baskı, Kahire 1396. (Selefiyye baskısı),
— *Kitabu'l - Harac,* (Tere. Ali Ölek), İst. 1973.

Ebu Zehra, Muhammed. *el - Milkiyye ve Nazariyyetu'l - Akd fi'ş - Şeri'ati'l - İslamiyye,* Mısır 1939.

Elmalılı, Muhammed Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili,* I - IX, İstanbul 1936.

Engels, Friederich, *Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni,* çev. Somer, Kenan, Ankara 1976.

Eröz, Doç. Dr. Mehmet, *Marxizm, Leninizm ve Tenkidi,* İstanbul 1976.

Fyzee, Asaf, A.A. *Outlines of Muhammadan Law,* Nşr. Oxford Üniversity Press, 3. Baskı Oxford 1964.

el - Gazzali, Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed (Ö. 505 /1111), *el-Mustasfa,* I. Baskı, Bulak 1322.

Göger, Prof. Dr. Erdoğan, *Hukuk Başlangıcı Dersleri,* Ankara 1974.

Güriz, Doç. Dr. Adnan,
—*Modern Mülkiyet Kavramı ve Toprak Reformu,* (Türkiye'de Toprak Reformu Semineri, 6-8 Haziran 1978, Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1968 s. 69 v.d.)
—*Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu,* Ankara 1969.

Hadimi, Abdullah b. Muhammed b. Mustafa, (Ö. 1192 /1778), *Menafi'u'd - Dakaik' fi Şerhi Mecami'i'l - Haka'ik,* Matbayi Amire, 1808.

Hadimi, Ebu Sa'id Muhammed b. Mustafa, (Ö. 1176/1762), *Mecami'ul - Haka'lk,* Matbaayi Amire, 1808. el - Hafif, Prof. Dr. Ali, *el - Milkiyye, fl'ş - Şeriati'l - islamiyye, Ma'a Mukarenetiha bi'l - Kavanini'l Arabiyye,* Mısır 1969.

Halis Eşref, *Külllyet-i Şerh-i Kanun-i Arazi,* İstanbul 1316.

Hamevi, Seyyid Ahmed b. Muhammed el - Hanefi, (Ö. 1908 /1687), *Gamzu 'Uyuni'l- Besa'lr Şerhu'l - Eşbah ve'n Nezalr,* Matbaayi Amire 1390.

Hamidullah, Prof. Dr. Muhammed, *Mecmuatu'l - Vesa'iki's - Siyassiyye,* Kahire 1941.

Hamza, Mahmud Efendi, *el-Fera'ldu'l - Behiyye fi'l Kava'idi'l - Fikhiyye,* Dimeşk 1298.

Hançerlioğlu, Orhan, *Felsefe Ansiklopedisi, 1. Baskı, İstanbul 1976.*

el-Haskafî, 'Ala'u'-Dîn Muhammed b. Ali ed-Dimeşkî, (Ö. 1088/1677) *Durru'l - Munteka* (Damad kenarında) Dersaadet 1327.

el-Hatib, Abdülkerim, *es - Siyasetu'l - Maliyye fi'l - İslam,* Beyrut 1975.

el - Hudari Bek, Muhammed,
— *Tarihu't - Teşri'i'l - İslami,* Mısır 1890/1970.
—*Usulu'l - Fıkh,* Mısır 1969.

İbn Abidin, M. Emin, (Ö. 1252/1836),
—*Reddu'l - Muhtar 'ale'd - Dürri'l - Muhtar,* İstanbul 1306.
—*Tenkih,* 2. Baskı, Bulak 1300.

İbnu'l - Arabi, Ebu Bekr Muhammed b. Abdillah, (Ö. 543 /1148), *Ahkamu'l-Kur'an,* tah. Ali M. el - Becavi, l-IV, Beyrut.

İbnu'l - Esir, Mecdu'd - Din Ebu's - Sa'adat el - Mubarak b. Muhammed el - Cezeri, (606/1209), *en - Nihaye fi Garibi'l Hadis,* Tah. Tahir Ahmed ez - Zavi l-V.

İbnu'l - Humam, Kemaluddin, Muhammed b. Abdilvahid es-Sivasi, (Ö. 861 / 1457) *Şerhu Fethi'i - Kadir,* 1. Baskı, Mısır 1389 / 1970.

İbnu Kesir, imadu'd - Din Ebi'l Cida İsmail, (Ö. 774 /1372), *Tefsiru'l - Kur'ani'l Azim,* I -IV, Mısır,

İbn Kudame, Ebu Muhammed Abdillah b. Ahmed b. Muhammed, (Ö. 620 - 1223), *el - Muğni* (eş - Şerhu'l - Kebir ile), Kahire 1389 / 1969.

İbn Mace, Ebu Abdillah Muhammed b. Yezid el - Kazvini, (Ö. 275 / 888). *es-Sünen,* Tah. M. Fuad Abdülbaki, I - II, Mısır 1952.

İbn. Manzur, Cemaluddin Muhammed b. Mükerrem el - Ensari, (Ö. 711 / 1211). *Lisanu'l Arab,* I - XX Bulak, Kahira,

İbn Nucaym, Zeynuddin, (Ö. 970 /1562),
—*el-Bahru'r - Ra'ik, Şerhu Kenzi'd - Deka'ik,* I - VII, Kahira 1333,
—*el-Eşbah ve'n Nezair,* (Hamevi şerhi ile), İstanbul 1257.

İbn Receb, Hafiz Ebulferec Abdurrahman, (O. 790 /1393), *el - Kava'id fi'l Fıkhi'l islami,* Mısır 1392 / 1972.

Müellif ibn Rüşd. Abdu'l - Velid, Muhammed b. Ahmed el Kurtubi (Ö. 505 / 1198). *Bidayetu'l - Muctehid ve Nihayetu'l - Muktesid,* l - II, 4. Baskı Daru'l - Ma'rife 1398 /1978.

İbn Teymiyye, Takıyyu'd - Din, Ahmet b. Abdul - Halim, (Ö. 728 /1328), *es - Siyasetu'ş Şari'iyye fi İslahi'r - Ra'i ve'r - Ra'iyye,* 4. Baskı, Mısır 1969.

İmre, Doç. Dr. Zahid. *Kaynak Mülkiyeti ve Kaynak Hakkı,* İ. Ü. Hukuk Fak. Dergisi, XVI, 3-4.

İzmiri, Muhammed b. Veli b. Resul el - Kırşehri, (Ö. 1165 /1752), *Haşiye 'Ale'l - Mir'at,* İstanbul 1309.

Kadihan, Hasan b. Mansur, al-Özcendî, (Ö. 592 /1196), *Fetâva Kadihan (Haniyye),* I - III, Mısır.

Kadızade, Şemsuddin Muhmmad b. Kavdar, (Ö. 988 /1580). *Neta'icu'l Efkar fi keşfi'r - Rumuz ve'l Esrar* (İbn'ul-Humam, Fethu'l Kadir'in devamı) 1. Baskı, Mısır 1398 /1970).

Karaman, Hayreddin, *İslamın Işığında Günün Mes'eleleri,* İstanbul 1978.

el-Kasani, Alauddin Ebu Bekir b. Mes'ud, (Ö. 587 /1191), *Kitabu Bedayi's - Sanayi' fi Tertibi'ş - Şera'i,* I - VII, 2. Baskı, Beyrut 1394 /1974.

Kubalı, Doç. (Prof.) Dr. H. Nail, *Eski Mevzuatımız ve Maden Mülkiyeti,* (Ebulula Mardin'e Armağandan ayrı basım), İstanbul 1944.

Kurtubi Abu Abdullah Muhammed b. Ahmed el - Ensari, (Ö. 380 / 990), *el-Cami' li Ahkami'l-Kur'an,* 3. Baskı, Mısır 1967.

Mahmassani, Subhi, *en-Nazariyyetu'l - Amme li'l Mucibat ve'l - Ukud fi'ş - Şeri'ati'i - İslamiyye,* Beyrut 1948.

Malik b. Enes, (Ö. 179 / 795),
—*el - Mudavvenetu'l - Kubra* (Rivayetu Sahnun), Beyrut (1323'ten ofset).
—*el-Muvatta',* Tah. M. Fu'ad Abdülbaki, I - II, Kahire 1370 - 1951.

el-Merginani, Şeyhülislam Burhanuddin Ali b. Ebi Bekir, (Ö. 593 /1197). *el-Hidaye,* (Fethulkadir şerhi ile), I. Baskı Mısır 1398/1970.

el - Maverdi, Ali b. Muhammed b. Habib al - Basri, (Ö. 450 /1057),
—*el - Ahkamu's - Sultaniyye,* Kahire 1978.
—*Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye,* Nşr. Ali Himmet Berki, İstanbul 1978.
—*Milli Tetebbular Mecmuası,* İstanbul.

Molla Hüsrev, Muhammed b. Feramuz, b. Ali, (Ö. 885 /1480),
—*Durreru'l-Hukkam, fi Şerhi Gureri'l - Ahkam,* İstanbul 1318.
—*Mir'atu'l - Usul,* 1312 İstanbul.

el- Mübarek, Muhammed,
—*Nizamu'l-İslame el-İktisad, Beyrut.*
— *Mu'cemu'l-Fıkhî'l - Hanbeli*, I- II, Kuveyt 1393 / 1973.

Mursi M. Kamil, *el Milkiyye ve'l - Hukuk'ul - Ayniyye, Mısır* 1352 / 1933. Musa, M. Yusuf, *el Fıkhu'l - İslâmî,* Kahire 1957.

Müslim b. Haccac, Ebulhuseyn el - Kuşeyri en - Neysaburi, (Ö. 261 / 874). *el-Cami'u's - Sahih,* Tah M. Fuad Abdülbaki, 1. Baskı, 1374 /1955.

el-Müzeni, Ebu İbrahim, İsmail b. Yahya, (Ö. 878 / 265h), *Kitabu Muhtasari'l - Müzeni, (el-Umm sonunda),* 2. Baskı, Beyrut, 1393 / 1973.

en-Nebhani, Dr. Muhammed Faruk, *Mebadu'l-İktisadi'l-İslami,* (1396 Zilkadede Suud Üniversitesinde toplanan fıkıh kongresine sunulan tebliğ).

en-Nesa'i, Ebu Abdirrahman b. Şu'ayb, (Ö. 303 / 915), *Sunenu'n-Nesa'i, el - Mucteba,* I - VIII, 1. Baskı Mısır 1964.

Oğuzman, M. Kemal, Prof. Dr. Seliçi, Doç. Dr. Özer, *Türk Eşya Hukuku,* İstanbul 1978.

Özgüven, Doç. Dr. Ali, *İktisat İlmine Giriş,* İstanbul 1972.

Pezdevi, Abdu'l - Hasan Ali b. Muhammed el - Huseyn, (Ö. 482 /1039). *Usûl, (Keşfi Pezdevi ile),* İstanbul, 1308.

er - Razi, Muhammed b. Umer b. Hasan el Fahr, (Ö. 606 /1210), *et - Tefsiru'l - Kebir, (Mefatihu'l - Gayb),* Mısır 1937'den ofset, Tahran.

el Sadr, M. Bakır, *İktisaduna,* Beyrut 1968.

Sadru'ş - Şeri'a, Ubeydullah b. Mas'ud, (Ö. 747 /1346), *et-Tavdih, Şerhu't - Tenkih* (Haşiyesi telvih ile), *İstanbul 1310.*

Sakr, M. Ahmed, *el-İktisadu'l - İslam), Mefahim ve Murtakazat,* (1396 / 1976 Şubat ayında Mekke'de toplanan Birinci Dünya İslam İktisat Kong. sunulan tebliğ.

es-San'ani Ebu Bekir Abdürrazzak, (Ö. 211/826), *el - Musannef,* I - XI, Tah. Habiburrahman el - A'zami, 1. Baskı, Beyrut 1390/ 1970.

es-Senhuri, Prof. Dr. Abdürrazzak, Ahmed, *Nazariyyetu'l - Akd,* Darulkutubil - Mısriyye, 1353/1934.

es-Serahsi, Muhammed b. Ahmet Abu Sahl, (Ö. 490 /1097),
—*Kitabu'l - Mebsut,* 1331 Mısır baskısından Ofset, Beyrut,
—*Şerhu's - Siyeri'I - Kebir,* Tah. Dr. Salahuddin el - Müneccid, Kahire 1971.
—*Usulu's-Serahsi,* Ofset, Beyrut.

Sayman, Prof. Dr. Ferit Hakkı,
—*Hakkın Suiistimalinin Müeyyidesi,* İstanbul 1945.
—*Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Süi istimali,* İstanbul 1947.
—*Türk Medeni Hukuku,* C I Umumi Prensipler İstanbul 1960.

Saymen, Prof. Dr. Ferit H. Elbir, Doç. Dr. Kemal. *Türk Eşya Hukuku,* Ayni Haklar, İstanbul 1954.

Schacht, Joseph, *An introduction to İslamic Law,* Oxford 1964 baskısından New Delhi 1975 ofset.

Serdengeçtizade, H. Edib, *Mülkiyet Nehcinin Vech-i Tekamülü,* İstanbul 1339 / 1921.

Seviğ, Vasfi Raşid, *Romanın Hususi Hukukunun İnstitütionları,* Ankara 1937.

Seyyid Nesib, *Fıkh-ı Hanefinin Esasatı,* Kıyas ve Deyn'e Müteallik Mesail, İstanbul 1337 - 1339.

es-Suyuti, Celaleddin b. Abdirrahman b. Ebi Bekr, (Ö. 911 /1505). *el-Eşbah ve'n-Neza'ir,* Mısır 1378 / 1959.

Şafak, Doç. Dr. Ali, *İslam Arazi Hukuku ve Tatbikatı,* İlk Devirler, İstanbul 1977.

es-Şafi'i, Ebu Abdillah Muhammed b. İdris, (Ö. 204 / 819), *el-Umm,* 2. Baskı, Beyrut 1393 / 1973.

Berki, Şakir, Prof. Dr. *Vakfın Nahiyeti,* Vakıflar Dergisi, VIII, C. s. 1, Ankara 1969.

eş-Şatibi, Ebu İshak, İbrahim b. Musa, (Ö. 790 /1388), *el - Muvafakat fi Usuli'l - Ahkam,* Kahire.

Şelebi, M. Mustafa, *Ta'lilu'l - Ahkam,* Ezher Mtb. 1947.

Şener Abdülkadir, *Kıyas, İstihsan, İstislah,* Ankara 1974.

eş-Şevkani, Muhammed b. Ali b. Muhammed, (Ö. 1250 /1834), *Neylu'l - Evtar Şerhu Multeka'l - Ahbar,* I - VIII, Kahire 1971.

et - Taberi, Ebu Cafer M. b. Cerir, (Ö. 310 / 922),
—*Cami'u'l - Beyan, 'an Te'vili Ayi'l-Kur'an,* 2. Baskı 1954 Mısır.
—*Tarihu'r - Rusül ve'l- Mulûk,* Tah. M.J. de Goeje, I - XVI, E.J. Brill, 1879-1881.

Taftazani, Sa'duddin Mes'ud b. Umar, (Ö. 792 - 1390),
—*Şerhu'l - Akaid,* İstanbul 1310.
— *Telvih,* İstanbul, 1310.

et -Tehanevi, Muhammed Ali b. Ali, (1158 / 1745'de sağ), *Keşşafu Istılahati'l - Funun,* Nş. Ahmed Cevdet, İstanbul 1317.

et-Tirmizi, Ebu İsa, Muhammed b. İsa, b. Sevre, (Ö. 279 / 892), *el - Cami'u's-Sahih* (Sunenu't - Tirmizi), Tah. Ahmed M. Şakir, I-V Mektebetu'l İslamiyye.

Tunçomağ, Prof. Dr. Kenan, *Borçlar Hukuku,* İstanbul 1972.

Tuğ, Salih, Dr. *İslam Vergi Hukukunun Ortaya Çıkışı,* Ankara 1963.

Ülken, Hilmi Ziya,
—*İslam Düşüncesi,* İstanbul 1946.
— *Tarihi Maddeciliğe Reddiye,* İstanbul 1976.

Ülken, Prof. Dr. Yüksel, 20. *Yüzyılda Dünya Ekonomisi,* İstanbul 1974.

Velidedeoğlu, Ord. Prof. Dr. H. Veldet, *Türk Medeni Hukuku,* İstanbul 1968.

Wensinck, A.J., *Concordance et İndices de la Tradition Musulman,* I - VII, Brill, 1936-1969.

Yahya b. Adem el - Kureşi, (Ö. 203 / 818), *el - Harac,* Nşr. A.M. Şakir, 2. Baskı, 1384.

ez-Zebidi, Zeynuddin, Ahmed b. Ahmed b. Abdillatif, (Ö. 863 /1487). *Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih,* Terceme ve şerh: Ahmed Naim 1-2, Kamil Miras (III - XII), ikinci baskı Ankara 1970.

ez-Zemahşeri, Ebu'l - Kasım Mahmud b. Umer, (Ö. 538 -1143),
—*Esasu'l Belaga,* Beyrut 1385 / 1965.
— *Tefsiru'l - Keşşaf, (el - Keşşaf 'an Hakaiki't - Tenzil ve 'Uyûni'l-Ekavil fi Vücuhi't - Te'vil),* Mısır 1966.

ez - Zerka, Prof. Dr. M. Ahmed, *el - Fikhu'l - İslam i fi Sevbihi'l - Cedid, el - Medhalu'l - Fikhi'l-Amm* Dimşek 1384 / 1964.

ez - Zeyla'i, Fahruddin Osman b. Ali, (Ö. 740 /1342), *Tebyinu'l - Haka'ik,* Bulak 1313'ten ofset, Beyrut.

Zeydan, Abdulkerim, *İslam Hukukuna Giriş.* (Terc. Ali Şafak, 1. Baskı) İstanbul 1976.

İNDEKS

-I, İ-

-N-

-O, Ö-

-P-

-U, Ü-

-V-

-W-

-Y-

-Z-